

PPGD UNIRIO



DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Public Policy Law

Journal of the Graduate Program in Law
of the Federal University of the State of Rio de Janeiro

VOLUME 2 Nº 1
JANEIRO – JUNHO 2020
JANUARY – JUNE 2020

ISSN: 2675-1143

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

EXPEDIENTE - Revista Direito das Políticas Públicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 2, n. 1, jan./jul. 2020. ISSN 2675-1143

Reitor

Prof. Dr. Ricardo Silva Cardoso

Vice-Reitor

Prof. Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato

Pró-Reitora de Pós-Graduação, Pesquisa e Inovação

Profa. Dra. Evelyn Goyannes Dill Orrico

Diretora da Biblioteca Central

Márcia Valéria da Silva de Brito Costa

Biblioteca Setorial do CCJP

Filomena Angelina Rocha de Melo

Lídia Oliveira de Seixas

Renata da Silva Falcão de Oliveira

Thalita Oliveira da Silva Gama

Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Coordenação do Curso de Mestrado em Direito

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Editores

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. André Luiz Coelho Farias de Souza

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ben Boer, Universidade Wuhan, China; Universidade de Sydney, Austrália

Prof. Dr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas - SP, Brasil

Prof. Dr. David Cassuto, Universidade Pace, Estados Unidos da América do Norte

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Profa. Dra. Griselda Capaldo, Universidade de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Julien Théron, Universidade Toulouse Capitole, França

Profa. Dra. Marie-Hélène Monserie-Bon, Universidade Paris II, França

Prof. Dr. Santiago Ripol Carulla, Universidade Pompeu Fabra, Espanha

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho, Universidade Federal de Goiás, Brasil

Prof. Dr. Talden Farias, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Prof. Dr. Tiago Duarte, Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Vol. 2, n. 1, jan./jul. 2020. ISSN 2675-1143.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Comissão Editorial

Prof. Dr. André Coelho

Profa. Dra. Claudia Gurgel

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. José Gabriel Assis de Almeida

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Profa. Dra. Patrícia Serra Vieira

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Profa. Dra. Rosalina Corrêa de Araújo

Comissão Assistente Editorial

Ms. Eliane Vieira Lacerda Almeida

Ms. Luciana Picanço de Oliveira Brandolin

Ms. Maida Pratis Pessanha Tejón

Ms. Milton Leonardo Jardim de Souza

Ms. Thuany de Moura C. Vargas Lopes

Flávia Fernandes de Aguiar Alencar

Juliana Mattos dos Santos Joaquim

Yasmin Sant'ana Ferreira Alves de Castro

Capa - Thuany de Moura C. Vargas Lopes Imagem – Canva.com

Bibliotecária: Thalita Gama – CRB 7/6618 - Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP/
UNIRIO, Rua Voluntários da Pátria, nº 107, Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 22.270-000.

Revista Direito das Políticas Públicas [recurso eletrônico] /

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIRIO.

Vol. 2, n. 1 (2020) - Rio de Janeiro, RJ: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

Acesso em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/rdpp/index>

Semestral

ISSN: 2675-1143

1. Ciências Jurídicas - Periódicos. I. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

CDD: 340

SUMÁRIO – SUMMARY

EDITORIAL _____ **6**

EDITORIAL _____ **8**

Eduardo Domingues

**INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES PARA A ANÁLISE
DE POLÍTICAS PÚBLICAS** _____ **10**

*JURIDICAL INTERPRETATION: CONSIDERATIONS FOR THE ANALYSIS OF
PUBLIC POLICIES*

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

Luis Renato Vedovato

**DISASTERS AND THE LAW: THE BRAZILIAN CONTEXT AND A
PERSPECTIVE** _____ **29**

DESATRES E O DIREITO: O CONTEXTO E A PERSPECTIVA BRASILEIRA

Délton Winter de Carvalho

**HISTORICAL EVOLUTION OF THE “GREENISATION” OF
EUROPEAN GOVERNANCE: THE DEFINITION AND THE APPROACH OF
ENVIRONMENT FROM A EUROPEAN UNION PERSPECTIVE** _____ **54**

*EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA “ECOLOGIZAÇÃO” DA GOVERNANÇA EUROPEIA:
A DEFINIÇÃO E A ABORDAGEM DO MEIO AMBIENTE NA PERSPECTIVA DA
UNIÃO EUROPEIA*

Giulia Parola

**ENVIRONMENTAL CATASTROPHES LAW AND LITERATURE:
MAURICE BLANCHOT’S THE WRITING OF THE DISASTER** _____ **79**

*DIREITO E LITERATURA DAS CATÁSTROFES AMBIENTAIS: A ESCRITURA
DO DESTASTRE DE MAURICE BLANCHOT*

Leonardo Mattietto

THE FINANCIAL SUPERVISORY AUTHORITY IN GERMANY ____ 90

A AUTORIDADE DE SUPERVISÃO FINANCEIRA NA ALEMANHA

Margherita Paola Poto

O PROJETO DE LEI N. 3515/2015 COMO POLÍTICA PÚBLICA DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL _____ 126

THE BILL N. 3515/2015 AS A PUBLIC POLICY TO MITIGATE THE ECONOMIC EFFECTS OF THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL

Patrícia Durante

Lúcia Souza d'Aquino

A HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA _____ 151

THE HARMONIZATION OF PUBLIC POLICIES IN COMPLIANCE OF THE JUDGMENTS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Priscila Caneparo dos Anjos

AS CRISES BRASILEIRAS E OS DIREITOS SOCIAIS: COMO AS DIFICULDADES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E SANITÁRIAS AGRAVAM A POBREZA EXTREMA NO COTIDIANO ATUAL _____ 183

BRAZILIAN CRISES AND SOCIAL RIGHTS: how economic, political and health difficulties aggravate extreme poverty in today's daily life

Renata de Assis Calsing

Hadassah Laís de Sousa Santana

Júlio Edstron S. Santos

EDITORIAL

Apresentamos o Volume 2 Número 1 da Revista Direito das Políticas Públicas do PPGD/UNIRIO, Programa que vem ganhando espaço na reflexão sobre direito e políticas públicas. Este número representa também o contínuo esforço de interlocução com acadêmicos da área, nacionais e estrangeiros, o que nos possibilita a publicação de artigos em português e em inglês.

Iniciamos a edição com o artigo de Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis e Luis Renato Vedovato, *INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES PARA A ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS*, em que discutem a hermenêutica jurídica frente a crise do paradigma científico dominante, articulando hermenêutica e políticas públicas do ponto de vista teórico e prático, este através da questão da judicialização de vagas escolares em creches.

O segundo artigo, de Délton Winter de Carvalho, *DISASTERS AND THE LAW: THE BRAZILIAN CONTEXT AND A PERSPECTIVE*, examina os desastres no contexto brasileiro e as mudanças climáticas, para depois detalhar o marco legal nacional, em especial a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil.

Em seguida, temos o artigo de Giulia Parola, *HISTORICAL EVOLUTION OF THE "GREENISATION" OF EUROPEAN GOVERNANCE: THE DEFINITION AND THE APPROACH OF ENVIRONMENT FROM A EUROPEAN UNION PERSPECTIVE*, expondo a evolução histórica da "ecologização" da governança europeia, em particular através dos tratados europeus. A autora analisa o termo "Ambiente" e os tipos de abordagem, antropocêntrica ou ecocêntrica, adotados no direito europeu.

O artigo de Leonardo Mattietto, *ENVIRONMENTAL CATASTROPHES LAW AND LITERATURE: MAURICE BLANCHOT'S THE WRITING OF THE DISASTER*, a partir da leitura do livro *A Escritura do Desastre*, de Maurice Blanchot, estabelece conexões entre este texto filosófico-literário e o panorama do direito a respeito dos grandes desastres, refletindo sobre a necessidade de conhecer melhor as catástrofes, a fim de estruturar respostas mais adequadas.

THE FINANCIAL SUPERVISORY AUTHORITY IN GERMANY é o título do artigo de Margherita Paola Poto, que analisa, na primeira parte, a Autoridade de

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Supervisão Financeira Alemã, suas características, independência na legislação e a posição na jurisprudência. A segunda parte aborda a responsabilidade da administração pública em caso de danos a terceiros, seus fundamentos constitucionais e a ampla interpretação de seus mecanismos para a autoridade de supervisão dos mercados financeiros.

Em sequência temos o artigo de Patrícia Durante e Lúcia Souza d'Aquino, O PROJETO DE LEI N. 3515/2015 COMO POLÍTICA PÚBLICA DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL. O trabalho aborda como a pandemia agrava o superendividamento das famílias brasileiras e apresenta o Projeto de Lei n. 3515/2015 como uma das soluções propostas no âmbito legislativo para mitigação do problema.

O artigo de Priscila Caneparo dos Anjos, A HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA, trata do desenvolvimento e da possibilidade de harmonização das políticas públicas, partindo dos altos índices de não cumprimento das decisões da Corte Interamericana para estudar as estruturas do sistema interamericano, o panorama das condenações e os esforços, em nível nacional, que possibilitem efetivar aqueles termos.

Renata de Assis Calsing, Hadassah Laís de Sousa Santana e Júlio Edstron S. Santos, no artigo AS CRISES BRASILEIRAS E OS DIREITOS SOCIAIS: COMO AS DIFICULDADES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E SANITÁRIAS AGRAVAM A POBREZA EXTREMA NO COTIDIANO ATUAL, mostram a necessidade de manutenção e expansão dos direitos sociais, como uma proteção, neste contexto atual dessas crises, analisando o panorama dos problemas brasileiros atuais e as possibilidades de enfrentamento através da efetivação de direitos sociais.

Estamos certos de que esses estudos ora apresentados em muito contribuirão para a disseminação, entendimento e fortalecimento do Direito das Políticas Públicas.

Eduardo Domingues
Editor

EDITORIAL

We present Volume 2 Number 1 of Public Policy Law, Journal of the Graduate Program in Law of the Federal University of the State of Rio de Janeiro, a program that has been gaining space in the reflection on law and public policies. This issue also represents the continuous effort of dialogue with academics in the field, national and foreign, which allows us to publish articles in Portuguese and English.

We started the edition with the article by Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis and Luis Renato Vedovato, INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES PARA A ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS, in which they discuss the legal hermeneutics in the face of the crisis of the dominant scientific paradigm, articulating hermeneutics and public policies from the theoretical and practical point of view, this through the issue of the judicialization of school places in daycare centers.

The second article, by Délton Winter de Carvalho, DISASTERS AND THE LAW: THE BRAZILIAN CONTEXT AND A PERSPECTIVE, examines disasters in the Brazilian context and climate change and then details the national legal framework, especially the National Policy for Protection and Civil Defense.

Next, we have Giulia Parola's article, HISTORICAL EVOLUTION OF THE "GREENISATION" OF EUROPEAN GOVERNANCE: THE DEFINITION AND THE APPROACH OF ENVIRONMENT FROM A EUROPEAN UNION PERSPECTIVE, exposing the historical evolution of the "greening" of European governance, in particular through the European treaties. The author analyzes the term "Environment" and the types of approach, anthropocentric or ecocentric, adopted in European law.

Leonardo Mattietto's article, ENVIRONMENTAL CATASTROPHES LAW AND LITERATURE: MAURICE BLANCHOT'S THE WRITING OF THE DISASTER, from the reading of Maurice Blanchot's book The Writing of Disaster, establishes connections between this philosophical-literary text and the panorama of the right to great disasters, reflecting on the need to know disasters better in order to structure more appropriate responses.

THE FINANCIAL SUPERVISORY AUTHORITY IN GERMANY is the title of Margherita Paola Poto's article, which examines, in the first part, the German Financial Supervisory Authority, its characteristics, independence in legislation, and the position in

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

case law. The second part addresses the responsibility of the public administration in case of damage to third parties, its constitutional foundations, and the broad interpretation of its mechanisms for the supervisory authority of financial markets.

Following we have the article by Patrícia Durante and Lúcia Souza d'Aquino, O PROJETO DE LEI N. 3515/2015 COMO POLÍTICA PÚBLICA DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL. The paper discusses how the pandemic aggravates the overindebtedness of Brazilian families and presents Bill No. 3515/2015 as one of the solutions proposed in the legislative scope to mitigate the problem.

Priscila Caneparo dos Anjos's article, A HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA, deals with the development and possibility of harmonization of public policies, starting from the high rates of non-compliance with the decisions of the Inter-American Court to study the structures of the Inter-American system, the panorama of convictions and efforts, at the national level, to enable these terms to be effective.

Renata de Assis Calsing, Hadassah Laís de Sousa Santana and Júlio Edstron S. Santos, in the article AS CRISES BRASILEIRAS E OS DIREITOS SOCIAIS: COMO AS DIFICULDADES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E SANITÁRIAS AGRAVAM A POBREZA EXTREMA NO COTIDIANO ATUAL, show the need to maintain and expand social rights, as a protection, in this current context of these crises, analyzing the panorama of current Brazilian problems and the possibilities of coping through the realization of social rights.

We are certain that these studies presented will contribute in a great way to the dissemination, understanding, and strengthening of public policy law.

Eduardo Domingues
Editor

Submetido em 27/08/2020

Aprovado em 29/10/2020

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES PARA A ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

JURIDICAL INTERPRETATION: CONSIDERATIONS FOR THE ANALYSIS OF PUBLIC POLICIES

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis^ILuis Renato Vedovato^{II}**RESUMO**

O presente texto tem como objetivo discutir a hermenêutica jurídica frente a crise do paradigma científico dominante, consolidada por meio do posicionamento majoritário, considerando a judicialização de políticas públicas como o pano de fundo desta discussão. Desta feita, por meio de um debate bibliográfico não ortodoxo tendo a teoria da complexidade como pano de fundo

ABSTRACT

This text aims to discuss juridical hermeneutics facing the crisis of the dominant scientific paradigm, consolidated by majority positioning, considering the judicialization of public policies as the background of this discussion. By a non-orthodox bibliographic debate, with the complexity theory as background, we conceptualize and relate hermeneutics and public

^I Graduada em Pedagogia pela PUC-Campinas (2004), Mestrado em Educação pela PUC-Campinas (2007), Graduada em Direito pela PUC-Campinas (2009) e Doutora em Educação pela UNICAMP (2012). Atualmente é professora da graduação e da pós graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas e da Faculdade de Educação da UNICAMP. Pesquisadora e líder do Laboratório de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais (LabDirF/FDSM), bem como pesquisadora e vice-líder do Laboratório de Políticas Públicas e Planejamento Educacional - LaPPlanE da Faculdade de Educação. Coordenadora Associada da Licenciatura Integrada em Química e Física FE/UNICAMP (gestão 2020-2022). Email: anaelisasqa@gmail.com

^{II} Membro do Academic Advisory Group of the Global Center for Legal Innovation on Food Environments ("Global Center") do O'Neill Institute for National and Global Health Law (Georgetown University); Pesquisador da FAPESP Projeto "Direito das migrações nos tribunais - a aplicação nova lei de migração brasileira Diante da mobilidade humana internacional"; Pesquisador Associado do Observatório das Migrações em São Paulo; Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; Professor de Direito Internacional Público da PUC de Campinas; Professor Doutor da UNICAMP; Pesquisador do Projeto de pesquisa conjunto (Cardiff University e UNICAMP) "Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of the Consensual Approach to poverty research in Brazil" - UK Global Challenges Research Fund (GCRF). Email: lvedova@unicamp.br

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

metodológico, conceituamos e policies beyond the rationality of the relacionamos hermenêutica e políticas dominant paradigm and highlight the públicas para além da racionalidade do majority positioning as an obstacle to the paradigma dominante e destacamos o effectiveness of these concepts, posicionamento majoritário como um consequently, to the treatment of social obstáculo a efetivação destes conceitos, problems in their complexity, because it consequentemente, ao tratamento dos instigates simplified legal interpretations problemas sociais na sua complexidade, since based on a closed hermeneutics and porque instiga interpretações jurídicas symbolic violence. The case of the simplificadas já que baseado numa judicialization of daycare vacancy is the hermenêutica fechada e na violência chosen theme to exemplify and explore simbólica. Utilizamos o caso da the arguments constructed. We conclude judicialização das vagas escolares em by reinforcing the need for the jurist to creche como tema para exemplificar e recognize himself as someone of explorar os argumentos construídos. reputation with authority and leadership to Concluímos reforçando a necessidade de o say the right in order to make it effective jurista reconhecer-se como alguém de in view of the complex social context reputação com autoridade e liderança para inherent to public policies. dizer o direito a fim de efetivá-lo diante do contexto social complexo inerente às políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação Jurídica.
Hermenêutica. Políticas Públicas. Diálogo
entre ciências.

KEYWORDS

Juridical Interpretation.
Hermeneutics. Public Policy. Dialogue
between sciences.

1 INTRODUÇÃO

A despeito de Santos (1988) haver denunciado há algumas décadas a crise do paradigma científico dominante, talvez possamos dizer que só agora chegamos num ponto de inflexão. Ainda que centrada numa discussão epistemológica, a crise enquanto “resultado interativo de uma pluralidade de condições” (SANTOS, 1988 p. 54) acaba por caracterizar a própria vida em sociedade como foco da problematização.

Não se trata de superação de um modelo com base na racionalidade cujo protagonismo se dá com as chamadas ciências naturais, mesmo porque, conforme destaca o autor, uma concepção de ciência social baseada no antipositivismo pode ser entendida como subsidiária deste mesmo modelo, vez que reforça a díade natureza- ser humano (SANTOS, 1988).

Não é randômica, portanto, a escolha da inflexão como forma de ilustrar o momento em que estamos, já que “o aprofundamento do conhecimento nos permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda” (SANTOS, 1988 p. 54). Em outras palavras, trata-se de alteração de percurso, não de essência, já que os pilares são frágeis e não equivocados.

Neste sentido, apoiados metodologicamente no questionamento do paradigma científico dominante ao encontro da teoria da complexidade de Edgar Morin (2002), partindo da hipótese de que há uma crise paradigmática envolvendo as ciências – até que sejam devidamente reconhecidas enquanto uma única ciência –, de certo a alteração do percurso científico bate, também, às portas da hermenêutica jurídica. Tal contexto nos permite problematizar, por meio de um debate bibliográfico não ortodoxo, em que medida o posicionamento majoritário acaba contribuindo com a referida crise.

Muitos são os caminhos pelos quais poderíamos realizar esta discussão, neste texto, considerando o destaque que a judicialização de políticas públicas tem tido nos últimos anos (ASSIS, 2015; 2017), optamos por conceituar e relacionar hermenêutica (GONZÁLEZ AGUDELO, 2011; SIMIONI, 2015) e políticas públicas (FREY, 2000) para além da racionalidade do paradigma dominante, e destacar o posicionamento majoritário como um obstáculo a efetivação destes conceitos, conseqüentemente, ao tratamento dos problemas sociais na sua complexidade, porque instigam interpretações

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

jurídicas simplificadas (FERRAZ JÚNIOR, 1994; ASSIS, 2012;2015;2016;2017), usando o caso da judicialização das vagas escolares em creche como tema para exemplificar e explorar os argumentos construídos, de forma que finalizamos com algumas considerações acerca do que destacamos ao longo do texto.

2 HERMENÊUTICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

É comum a utilização das expressões “hermenêutica jurídica” e “interpretação jurídica” como sinônimos; no nosso entendimento, ainda que guardem relação, não são equivalentes. González Agudelo (2011), a partir da pergunta “O que é a hermenêutica?”, faz levantamento histórico, e inicia afirmando que a palavra foi introduzida como neologismo pelo filósofo Dannhauer em 1629, com quem o conceito se desprende de uma visão mítica¹ e passa para o terreno do humano:

Dannhauer não somente usou, pela primeira vez, a palavra hermenêutica, como também expôs uma doutrina metodológica das ciências independente da teologia. A hermenêutica seria uma propedêutica de todas as ciências, seria dizer, uma ciência geral da interpretação, uma hermenêutica universal, com a ideia de interpretar corretamente os textos escritos, multiplicados com o advento da impressão, mas que não se preocuparia com o que é verdadeiro ou falso, nem rigorosamente lógico ou enquanto factualmente certo, ao estilo aristotélico (...), talvez igual a Hermes, mas com uma regra maior: a intencionalidade do autor (GONZÁLEZ AGUDELO, 2011 p. 48-9)².

Da colocação de González Agudelo (2011) podemos extrair três ideias principais importantes à nossa discussão, quais sejam: a) a hermenêutica enquanto doutrina metodológica das ciências; b) a hermenêutica como ciência geral da interpretação; e c) a intencionalidade do autor da interpretação como regra maior do processo.

¹ Via de regra, a conceituação da hermenêutica sempre começa por Hermes, o mensageiro dos Deuses (ASSIS, 2016; FREIRE, 2009; SILVA, 1989), entretanto a esta relação, aparentemente direta, são apresentadas diversas justificativas de cunho literário, mitológico, linguístico, filosófico platônico e aristotélico, teológico cristão e protestante; situações que ajudam a compor o conceito tal qual o conhecemos hoje (GONZÁLEZ AGUDELO, 2011).

² Tradução livre. Texto original: *Dannhauer no solamente usó por primera vez la palabra hermenéutica, sino que expuso una doctrina metodológica de las ciencias, independiente de la teología; la hermenéutica sería una propedéutica para todas las ciencias, es decir, una ciencia general de la interpretación, una hermenéutica universal, con la idea de interpretar correctamente los textos escritos, multiplicados con el advenimiento de la imprenta, pero no se preocuparía por lo que es verdadero o falso, en tanto rigurosamente lógico o en cuanto fácticamente cierto, al estilo aristotélico (...) tal vez, al igual que Hermes (...) pero con una regla mayor: la intencionalidad del autor* (GONZÁLEZ AGUDELO, 2011 p. 48-9).

Embora o destaque dado por González Agudelo (2011) à ideia da hermenêutica enquanto doutrina metodológica das ciências, baseado no pensamento de Dannhauer seja pelo seu desprendimento da vertente teológica, para nós, importa ser reconhecida numa perspectiva universal que vá ao encontro do postulado por Santos (1988). Não seria condizente partir da crise paradigmática para tratar da relação entre interpretação e políticas públicas, elegendo um conceito de hermenêutica fechado em si mesmo ou diretamente vinculado a uma única ciência³.

Reconhecer uma doutrina metodológica enquanto universal, não significa ignorar que poderá, uma vez utilizada por área do conhecimento, ser adjetivada e/ou qualificada para servi-la; vale dizer, a hermenêutica pode ser jurídica, mas não só. O fato tem a ver com a compreensão de que só é possível garantir distintas unidades e pluralidades hermenêuticas numa situação de universalidade, já que na unidade só há espaço para uma hermenêutica particular e não universal. Em outras palavras, e valendo-nos do que pensa Dannhauer, a hermenêutica enquanto doutrina metodológica afastou-se de ser essencialmente teológica, mas não a rechaçou, porque enquanto independente da teologia pode aceitar qualquer matriz, inclusive a teológica.

Soma-se ao reconhecimento de uma hermenêutica universal a ideia de que seja uma ciência geral da interpretação. Segundo ponto de destaque proporcionado pelo trecho de González Agudelo (2011). Aqui, não só determinamos que hermenêutica e interpretação não se confundem, como estabelecemos que tipo de relação têm, de forma a estar contida naquela.

Se hermenêutica é metodologia, interpretação pode ser entendida como método. Um método de tradução. Simioni (2015) ao tratar da interpretação jurídica, faz crítica aos meios tradicionais guiados por uma obsessão metodológica que dão a falsa sensação de que “o intérprete pudesse substituir a sua subjetividade pela objetividade daqueles velhos métodos científicos” (p.144), o que o leva a apresentar dimensões da interpretação jurídica – subjetiva, organizacional e social –, em lugar de regras ou modelos objetivos (a exemplo das interpretações gramatical, histórica, lógica, sistemática e teleológica). Ainda que o autor se baseie em Heidegger e Gadamer para justificar que “os métodos científicos apenas criam uma ilusão de objetividade, uma ilusão de certeza e uma ilusão

³ González Agudelo (2011) vai para além de Dannhauer no seu texto, mas enquanto busca da origem que dá início ao protagonismo do conceito de hermenêutica de forma universal, nos restringiremos a este autor.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

de segurança interpretativa do direito” (SIMIONI, 2015 p. 143), não se pode dizer que a proposta de pensar a interpretação jurídica por dimensões que influenciam a percepção do intérprete, não seja método.

Ao encontro da preocupação de Simioni (2015) podemos trazer o que entende Morin (2002) por método quando explica sua teoria da complexidade:

A missão deste método não é (...) dar a receita que fecharia o real numa caixa, mas fortalecer-nos na luta contra a doença do intelecto – o idealismo – que crê que o real pode reduzir-se à idéia, e que acaba por considerar o mapa como território. Esse método pretende colocar-se contra a doença degenerativa da racionalidade, que é a racionalização, que acredita que o real pode esgotar-se num sistema coerente de idéias (MORIN, 2002 p. 192).

Uma concepção de método que denuncie a unilateralidade do processo de racionalização e objetivação em detrimento do reconhecimento de, entre outras, uma dimensão subjetiva do processo interpretativo, é possível diante da compreensão de uma hermenêutica universal. Sendo assim, além de harmonizar com o conceito de hermenêutica que aqui destacamos, tal concepção converge com a crítica ao modelo hegemônico das ciências, bem como incorpora a interpretação jurídica influenciada por dimensões.

Algumas considerações sobre as três dimensões da interpretação jurídica na perspectiva da percepção seletiva (SIMIONI, 2015) são necessárias antes de prosseguirmos, pois, diante das escolhas teóricas que fizemos neste texto, é o elo entre as ideias de hermenêutica enquanto doutrina metodológica das ciências e como ciência geral da interpretação, com a intencionalidade do autor da interpretação, último ponto que suscitamos da citação de González Agudelo (2011).

De acordo com Simioni (2015) as dimensões subjetiva, organizacional e social influenciam simultaneamente a interpretação jurídica “contribuindo, de modo dinâmico, para a formação das nossas percepções seletivas” (2015, p.143). Neste conjunto, a percepção seletiva, conceito que o autor empresta da psicologia, pode ser entendida como atentar mais para uma coisa e/ou fato do que outras coisas e/ou fatos num determinado contexto, “significa exatamente perceber algumas coisas e não perceber todo o restante” (2015, p.137).

A percepção seletiva depende, portanto, de uma provocação, ou alimentação como diz Simioni (2015), dada pelas dimensões que atuam diretamente no intérprete. A

dimensão subjetiva seria o “mundo vivido (...) que atrai nossa interpretação para certos sentidos e repele a interpretação de outros sentidos igualmente possíveis” (SIMIONI, 2015 p.143). Já a dimensão organizacional é onde “atuam as estruturas motivacionais e a lógica das organizações profissionais (empresas, universidades, instituições do Estado)” (SIMIONI, 2015 p.143). E por fim, a dimensão social, formada pelas “estruturas comunicativas dos sistemas sociais (direito, política, economia, ciência, religião, arte, etc.)” (SIMIONI, 2015 p.143).

Este método de interpretação dando destaque ao intérprete, mais do que às ferramentas por ele utilizadas, coloca em evidência a necessidade de se considerar o autor da interpretação como parte do conceito de hermenêutica, vez que é possível termos distintas traduções, não necessariamente divergentes, partindo de diferentes intérpretes.

Assumir o protagonismo do intérprete não é justificativa para permitir interpretações descompromissadas, com base em pontos de vista sem fundamentação teórica, principiológica, axiológica, moral e/ou ética. Interpretar, considerando a percepção seletiva, deve observar a arena pré-estabelecida dos processos interpretativos. Ao apresentar o comunicador da norma, Assis (2017) busca descortinar o papel desses intérpretes.

No caso do direito brasileiro, o ordenamento jurídico é responsável por definir grande parte desta arena, em especial os princípios constitucionais, os quais, mesmo evidenciados, ainda dão espaço para os conteúdos teóricos, axiológicos, morais, éticos, entre outros, enquanto partes de um discurso que revela e provoca uma interpretação, pois podem ser entendidos como significantes vazios (LACLAU, 2010).

Se o signo é a soma do significado com o significante (SAUSSURE, 1969), de forma que o significado é a ideia – o conceito –, e o significante é a materialização linguística expressa, por exemplo, pelo som da palavra; significantes vazios carecem de significado (LACLAU, 2010); de forma que dar significado é um “ato individual de

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

significação”, já que “não existem termos que signifiquem algo por si mesmos, senão que significam algo através de suas relações com outros termos” (LACLAU, 2010 p. 141)^{4,5}

A depender, portanto, das relações construídas pelo intérprete, tanto na escolha dos termos quanto na compreensão destes mesmos termos, todas – escolhas e compreensões – influenciadas pela percepção seletiva, a arena onde deve ocorrer o processo interpretativo terá os mais variados formatos.

À esta arena pré-determinada pelo ordenamento jurídico enquanto um dos fatores que evita interpretação descompromissada, adicione-se a importância de se confiar no intérprete à luz de Vilem Flusser (1963).

Flusser (1963) parte da compreensão de que cada língua é um sistema, de forma que seja possível o sistema X ser realizado no escopo do sistema Y mediante a tradução. Mas porque cada língua possui sua própria ontologia, a tradução é apenas uma aproximação que funciona tanto melhor para línguas com ontologias semelhantes, podendo ser inviável ou até mesmo impossível, para línguas com ontologias distintas. A metalíngua, ou terceira língua, ou ainda, língua intermediária, seria a forma de possibilitar a tradução entre línguas com distintas estruturas. Essa solução tem como base a adoção de um intérprete, dando enfoque ao tradutor, o que significa confiar e reconhecer a competência daquele que será responsável por traduzir uma língua, um sistema.

Ferraz Júnior (1994) entende que interpretar é traduzir, e utiliza a proposta de Flusser (1963) para uma teoria da interpretação jurídica, posicionamento que, além de compreender a universalidade da hermenêutica, sustenta nossa compreensão de o autor da interpretação ser parte de um conceito de hermenêutica, já que ele é determinante no resultado da tradução, tornando-se assim, a regra maior do processo interpretativo, como afirmou González Agudelo (2011).

⁴ Tradução livre. Texto original “(...) *acto individual de significación (...) no hay términos que signifiquen algo por si mismos, sino que siempre significan algo a través de sus relaciones con otros términos*” (LACLAU, 2010 p. 141).

⁵ Muito embora Laclau (2013) tenha suas contribuições específicas acerca de uma teoria do discurso, mas em especial, da política entendida sob a égide do discurso, dos significantes vazios e da retórica como categorias articuladas para tratar o populismo, bem como as consequências de um significante vazio ser entendido enquanto identidade hegemônica, não é nossa intenção aprofundar tais questões, uma vez que podem ser referentes à análise da política, realizada após a ação interpretativa; daí porque o recorte teórico realizado para este trabalho.

Hermenêutica é, portanto, ciência – não natural nem social – da tradução, de forma que a interpretação jurídica é o Direito valendo-se da ciência da tradução. Traduzir permitirá compreender algo, fato que pode desencadear diversas ações; traduzir a lei, dentre outras coisas, permitirá analisá-la, em especial aquelas que tratam de estabelecer políticas públicas.

Assis (2012), na busca por um conceito de políticas públicas, reúne Aristóteles (1973) com suas concepções de justiça e equidade; Rawls (1993) com a discussão da importância das instituições; e Keynes (1936) com a proposta do Estado de Bem-Estar, para afirmar que Políticas Públicas são ações estatais que visam o bem comum e as quais só podem se configurar em estados sociais democráticos.

Portanto, o que nos leva a destacar as leis que cuidam de políticas públicas – incluídos os atos normativos comuns aos tomadores de decisão no Poder Executivo – é o fato de estarem diretamente vinculadas a um propósito para além da garantia de regras de convivência, qual seja, a busca do bem comum; a assunção de compromisso social entre e para aqueles que compõem determinada sociedade. Essa característica é primordial no processo interpretativo, já que direciona alguns aspectos acerca da arena onde irá ocorrer.

Sobre a análise das políticas públicas, Frey (2000) sinalizará que esta não se limita à explanação de suas leis e princípios, mas cuida da inter-relação institucional, bem como dos processos e conteúdos políticos, ações que dependem de uma prévia compreensão normativa, concedida pela interpretação jurídica. O autor, consciente ou inconscientemente, rechaça a possibilidade de a análise ser sinônimo de interpretação jurídica, em especial daquela restrita ao que Simioni (2015) chamou de “velhos métodos científicos” (2015, p.144), dando abertura para outras interpretações, como a da percepção seletiva.

Ademais, mesmo compreendida para além de métodos científicos limitados, ainda assim a interpretação jurídica não deve ser tida como um tipo de análise de política, pois a tradução não quer, nem pode, dar conta das inter-relações institucionais e/ou processos e conteúdos políticos, entretanto, pode ampliar ou reduzir o terreno em que esta análise ocorrerá.

As considerações de Frey (2000) não só reclamam uma interpretação jurídica no escopo da hermenêutica universal para compor a análise de políticas públicas, como também nos permite justificar esta análise na perspectiva da judicialização ao diferenciar

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

três dimensões da política – que não se confundem com as dimensões da interpretação jurídica com base na percepção seletiva, mas que com elas podem compor –:

(...) a dimensão institucional –polity – que se refere à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo; (...) dimensão processual – politics - tem-se em vista o processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição; (...) a dimensão material – policy - refere-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas (FREY, 2000 p. 216-7).

Em primeiro lugar é preciso estabelecer que estamos entendendo judicialização como o ato de levar ao conhecimento do juiz descompasso entre o direito (*right*) estabelecido no comando normativo (*law*) e sua efetivação na sociedade (ASSIS, 2012; 2017); em segundo lugar, reconhecer que a judicialização atravessa todas as dimensões destacadas por Frey (2000).

A dimensão material é o que alimenta a necessidade ou não de se judicializar uma política, pois são as configurações dos programas e suas decisões que podem causar distorções na efetivação dos direitos sociais, culminando em descompasso entre a letra da lei e a realidade. Já a dimensão processual delineará, no escopo da política judicializada, o grau de responsabilidade a ser atribuído ao tomador de decisão frente a distorção, já que as políticas públicas são uma soma de dever público com escolhas de gestão. Por fim, o protagonismo da interpretação jurídica, vinculado à análise da política pública, se dá na dimensão institucional, que pode ser entendida como uma forma da ciência política conceber o que temos chamado aqui de arena do processo interpretativo.

Esse cenário, longe de esgotar as particularidades de cada relação a ser estabelecida entre os conceitos e as características que levantamos sobre hermenêutica e políticas públicas, tem condições de evidenciar a complexidade que envolve o tema da interpretação, em especial quando vinculado a judicialização de políticas públicas⁶.

Uma análise que tenha como base interpretação jurídica simplificada que ignore o propósito das políticas públicas, conseqüentemente, a complexidade dos problemas sociais, além de não contribuir com a solução dos problemas judicializados, perpetuará

⁶ Ver também ASSIS, 2017.

as dicotomias – estabelecidas pelo paradigma dominante em crise – como o falso distanciamento entre lei e realidade, teoria e prática.

3 POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO: OBSTÁCULO À HERMENÊUTICA UNIVERSAL

Conceituar hermenêutica e políticas públicas, bem como traçar relações entre estes conceitos é, sem dúvida, parte importante de um processo de interpretação jurídica, todavia, não são suficientes para garantir uma discussão judicial calcada na hermenêutica universal, pois o paradigma científico dominante está em crise e não reformado, motivo pelo qual há que se considerar alguns obstáculos à sua efetivação, especialmente aquele referente ao posicionamento majoritário, que no campo jurídico, movimentou o Poder Judiciário, com destaque às súmulas vinculantes e aos precedentes judiciais vinculantes (PANUTTO, 2017). No entanto, a autoridade de um argumento não é mérito exclusivo do Direito; a necessidade de se ter fundamentação amplamente aceita para defender determinado ponto de vista é fato em todas as ciências e reforçado pela racionalidade do paradigma dominante; todavia sua presença é mais forte no sistema jurídico, vez que este conta com um conjunto de atores – juízes, em especial, mesmo quando direcionados pelos argumentos dos comunicadores da norma (ASSIS, 2017) – que possuem a palavra final diante das contendas apresentadas.

Tanto é importante a consideração de como estes atores se posicionam que, nas cortes superiores como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ou até mesmo em determinadas Câmaras nos Tribunais de Justiça, é possível traçar estudos de como os respectivos ministros ou desembargadores se pronunciarão frente a um determinado problema. Guardadas as devidas proporções de uma especulação, porque não se pode garantir a certeza nestes estudos, fato é que os argumentos dos pedidos a eles direcionados são feitos, muitas vezes, com base nestas ponderações.

Não estamos questionando a coerência nos processos decisórios, nem o vínculo das decisões com a arena pré-estabelecida por princípios constitucionais – que nós mesmos defendemos algumas páginas atrás –, mas sim a dificuldade em se conceber um novo ou outro posicionamento frente a situações que têm semelhança na ação proposta e na decisão proferida, sem reflexos positivos na realidade.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Vejamos um caso concreto: demandas por vagas na educação infantil pública, em especial na etapa de creche que atende crianças entre 0 e 3 anos. De acordo com Assis e Rus Perez (2013) essas ações são constantes, passando muitas vezes dos milhares em alguns municípios do país, mas invariavelmente apresentam similitudes, quais sejam: demandas individualizadas – *vaga escolar* – para problemas coletivos – *falta de escolas* – com soluções individualizadas – *concessão da vaga independentemente das condições das escolas em receber o/a estudante* – baseada num mesmo argumento – *educação é direito de todos e dever do Estado* -.

Assis (2012) defende que este comportamento não tem efetivado direito à educação, mas sim, ferido o princípio da dignidade da pessoa humana, porque não se preocupa em resolver o problema coletivamente. Notadamente, há um posicionamento majoritário no tratamento das demandas por vaga escolar em creches, não só dos juízes, mas dos reclamantes, que normalmente são representados por um promotor; entretanto não têm tido resultados, ao contrário, têm criado novos problemas, entre eles superlotação nas creches (ASSIS, 2012).

O que impede uma postura diferenciada? Ao encontro de nossa hipótese sobre a crise do paradigma científico dominante, a resposta, no nosso entendimento, baseia-se tanto na forte presença de uma hermenêutica fechada dando ênfase a métodos interpretativos que não dão conta da complexidade do problema – no caso, da política pública – incentivando atitudes costumeiras porque dão a ilusão de resolver o problema já que tem foco numa atitude imediata, quanto na violência simbólica exercida pelo posicionamento majoritário.

Os métodos interpretativos tradicionais, criticados por Simioni (2015) e por nós, possuem uma importância no processo de tradução da norma, mas também possuem uma limitação. Tratar da gramática, do contexto histórico que deu origem a uma norma, da lógica que procura neutralizar possíveis contradições normativas, da sistemática ao considerar uma leitura complementar da lei diante do ordenamento jurídico e da compreensão de sua finalidade, são etapas que cuidam de um problema assemelhado a uma fotografia. Tudo está inerte. É possível precisar todas estas questões no tempo e no espaço, sendo incapazes de acompanhar um contexto dinâmico, mais parecido com a paisagem vista de uma janela.

Pensemos, novamente, no caso das vagas escolares em creche. Apesar de uma coerência entre os métodos interpretativos tradicionais, temos que considerar que um deles sobressairá, justamente porque o intérprete, o tradutor, faz escolhas que dão o tom da interpretação. Tendo como base a análise feita por Assis (2012) sobre o tema podemos afirmar que a teleológica teve destaque em detrimento de todo o restante.

Ao assumir que educação é direito de todos e dever do estado (art. 205, CF/88) para sustentar a decisão de que é imediatamente devida a vaga para criança em idade de creche, desconsiderou-se a interpretação: 1) gramatical, ao ignorar as etapas da educação básica, formada pela educação infantil (creche e pré-escola), ensino fundamental (fase I e II) e ensino médio, cada uma com tratamento distinto no artigo 208 (CF/88); 2) histórica, por não acompanhar a evolução do que a Constituição foi nomeando como direito público subjetivo na educação; 3) lógica, porque sobrelevou o caput do artigo 208, responsável por determinar em quais condições o Estado deverá garantir o direito à educação; e 4) sistemática, por desprezar uma leitura complementar da Constituição que pode indicar que o direito público subjetivo está diretamente vinculado à educação obrigatória e gratuita que abarca, apenas, aqueles entre 4 e 17 anos (art. 208, I c/c §1º CF/88).

Há, portanto, um problema já na interpretação estática, da foto. Acaso estes tivessem sido levados em conta, e ainda assim justificassem posicionamento em favor da demanda por vaga imediata em creche, poderíamos perguntar: qual o problema em não se considerar o dinamismo da realidade, em ver a paisagem da janela? Ora, dizer “não” a uma demanda de creche tendo como base todos os argumentos que pontuamos anteriormente, pode significar dizer “sim” à dignidade da pessoa humana, vez que não se obrigada a colocar a criança em escola que não tem condições de recebê-la, incitando o representante do demandante a pensar na busca de solução por outro ângulo.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Se atenta ao dinamismo da realidade, a interpretação jurídica baseada na percepção seletiva, por exemplo, considerando os aspectos da judicialização da política pública, poderia tratar diferentemente do problema⁷.

Na dimensão subjetiva, ao buscar compreender como o problema se origina – *falta de vagas* – e o impacto que causa quando efetivado pelo posicionamento majoritário – *concessão da vaga independentemente das condições* – partindo daqueles que vivenciam o problema (professores, diretores, pais, entre outros), juntamente com o fato de que não se restringe a uma dúzia de ações, mas de centenas, reconheceria se tratar de algo crônico e não pontual.

Com a dimensão organizacional, seria capaz de compreender a dinâmica de atuação das escolas de educação infantil e pensar em pedidos que não se restrinjam a vaga, mas que abarquem as estruturas educacionais necessárias à efetivação de um direito, sem ferir a dignidade humana. Por fim, com a dimensão social, poderia distinguir que a demanda por creche não é uma demanda essencialmente por direito à educação, mas também por trabalho decente, vez que as justificativas se baseiam, também, na necessidade que os pais ou responsáveis têm de ter um lugar para deixar seus filhos/as/tutelados/as enquanto trabalham, o que deveria envolver uma ação frente à municipalidade e outras secretarias que não só a de Educação.

Talvez se possa discutir que um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC tenha condições de efetivar o direito à luz de uma hermenêutica universal, evitando a judicialização; Assis (2012) demonstra que há potencial nessa condução, mas sem uma atitude diferenciada, continuarão sendo termos proforma, revelando que pode existir posicionamento majoritário inclusive na maneira de significar um documento.

Repare que para o exercício de uma solução pela interpretação da percepção sensível não se evidenciou os aspectos puramente normativos, pois estes já haviam sido tratados pelas interpretações tradicionais, delimitando o conteúdo da norma para que

⁷ Haja vista a essência da percepção seletiva estar diretamente relacionada ao intérprete, vela dizer, à maneira como o tradutor vê/percebe as coisas, o exercício que realizamos aqui está impregnado das perspectivas inerentes aos autores do texto, de forma que, qualquer outra pessoa, valendo-se das suas percepções seletivas, daria destaque a outros fatores, chegando a diferentes resultados, tão válidos quanto estes. Mesmo a aplicação dos métodos tradicionais de interpretação pode sofrer estas influências do tradutor, mas a margem de atuação é tão restrita que o leque de opções se torna igualmente limitado. O importante é reconhecer que um método de interpretação com base em uma hermenêutica universal tem condições de permitir ponderar novas/outras soluções, que considerem a complexidade dos problemas sociais; fato necessário quando da judicialização de políticas públicas.

fosse possível pensar na sua efetivação visando o bem comum – mas que também poderia ter acontecido a depender do tradutor a realizar o exercício –. Nesta situação, não ignoramos a importância que têm as interpretações tradicionais, mas reconhecemos as limitações que lhes são próprias quando o objeto é dinâmico.

O fato de o problema ser tratado sempre numa mesma perspectiva, de forma que o pedido é sempre contemplado na decisão, dando a ilusão de solucionar o problema – *vaga em creche que culmina na superlotação* – reforça uma posição individualista com suporte no paradigma científico dominante, que não prevê a complexidade das políticas públicas. Talvez neste caso, a expressão comportamento majoritário seja mais próxima do que posicionamento majoritário, todavia com o mesmo efeito: dificultar novas/outras formas de pensar os problemas visando a solução ampliada e não imediatista.

De outra feita, há também o caso da violência simbólica exercida pelo posicionamento majoritário. De acordo com Ferraz Júnior (1994), violência simbólica:

Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento do próprio poder. Não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve as suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p. 276).

A partir da citação, dois pontos são importantes para compreender como a violência simbólica sustenta o posicionamento majoritário, quais sejam: a) reconhecer que poder é controle, e b) compreender que controlar é neutralizar.

Se poder é controle, interpretar é ter o poder de uniformizar o sentido da norma jurídica. Uma vez que o emissor não é o coagente, mas aquele que direciona as opções do receptor, para ter o poder de controlar, carece de relações de autoridade, liderança e reputação (FERRAZ JÚNIOR, 1994). São estas características que vão permitir o exercício do controle por parte do emissor, todas identificadas pelos receptores e não pré-estabelecidas pelo emissor. É dizer: o receptor permite, ludibriado pelas relações de autoridade, liderança e reputação, que o emissor o conduza.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Ao discutir metodologia de ensino jurídico, Silva e Wang (2010) escrevem um texto intitulado “Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias” com o intuito de estimular posicionamento e pensamento crítico entre seus estudantes de direito, vez que diagnosticaram “o respeito excessivo ao argumento de autoridade e a falta de uma cultura acadêmica que fomente a análise crítica e a livre discussão de ideias” (2010, p. 96) como vícios no ensino do direito no Brasil. Quem melhor do que um ministro do STF para representar as relações de autoridade, liderança e reputação? Seguir o que foi dito ou sinalizado pelo ministro se torna muito mais seguro do que procurar, às vezes a partir da própria afirmação do ministro, rever ou melhorar a interpretação.

Esta atitude do receptor frente ao poder de controle que atribuiu ao emissor, efetiva a neutralização. Neutralizar é cercear qualquer possibilidade de se pensar outras traduções – interpretações – normativas, é manter a reclamação pela vaga na creche na perspectiva das ações individualizadas, dos pedidos isolados, de forma que outras alternativas sequer sejam levadas em consideração.

O comportamento e posicionamento majoritários são travas à hermenêutica universal, no caso de uma interpretação da percepção seletiva, cerceiam qualquer possibilidade de notar fatos diferentes daqueles que são sempre notados; impedem o avanço científico e a compreensão da complexidade que envolve as políticas públicas. Negam o andamento da dialética porque dificultam a existência de antíteses para o surgimento de sínteses de onde se originam novas teses.

Mas essa situação não pode ser justificativa para o não exercício de uma hermenêutica universal, a partir de uma interpretação que dá ênfase às escolhas do intérprete e o reconhece como um tradutor e não um técnico; ao contrário, deve ser o encorajamento para nos entendermos como autoridades e lideranças com reputação, dando-nos o direito de dizer, com propriedade e compromisso, o que é direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

(...) interpretação não apenas descobre o direito: ela o constrói. Invento-o, recria-o. E por isso a interpretação jurídica é uma atitude, uma ação, um compromisso assumido pelo jurista de realizar o direito (SIMIONI, 2015).

Nosso objetivo neste texto era o de discutir a hermenêutica jurídica frente a crise paradigmática, e escolhemos a judicialização de políticas públicas como o pano de fundo desta discussão, tendo o caso da judicialização das vagas escolares em creche como exemplo, já que nos últimos anos a quantidade de ações com esta temática tem aumentado significativamente (ASSIS, 2015). O contexto reclama não só dos juristas mas também daqueles que se dedicam a realizar análise de políticas (*polity*, *politics* ou *policy*) posturas não ortodoxas frente às relações complexas da sociedade, as quais podemos hoje identificar porque reconhecemos a ampliação do diálogo científico entre as ciências, superando o debate sobre controle judicial, ativismo e judicialização da política, que muitas vezes ignora não só o cuidado necessário com o uso direto de teorias de outros sistemas aplicados nos nossos, mas também e principalmente, atribui ao juiz toda a responsabilidade (ASSIS, 2017), esquecendo a existência de outros atores igualmente intérpretes da norma.

Já não é mais suficiente – se é que foi em algum momento – limitar a interpretação jurídica, em especial das políticas públicas, aos métodos tradicionais, com destaque à interpretação gramatical que é bastante comum entre aqueles que não são da área do direito. Isso não quer dizer que todos precisamos ter conhecimentos e saberes sobre a hermenêutica jurídica, ao contrário, pois seria seguir o caminho da racionalização, da superespecialização, de forma que todos analistas de políticas deveriam ser formados em direito, e todos os juristas deveriam conhecer quaisquer áreas de atuação social; além de ser humanamente inviável, é extremamente individualista, desconsiderando a própria proposta de Morin (2002).

Uma vez reconhecida a hermenêutica universal e a possibilidade de outros métodos de interpretação, começa-se a pensar em redes de conhecimento. No caso das percepções seletivas, enquanto método de interpretação que assumimos e evidenciamos ao longo do texto, podemos afirmar que a complexidade da sociedade reclama a somatória de percepções seletivas, aí sim, ao encontro da teoria da complexidade moriniana (2002).

Se o tema é educação, o jurista precisa contar com as percepções seletivas de atores envolvidos com esta área para ajudá-lo a ver coisas que antes não via, e o mesmo ocorre com as demais, a exemplo da saúde, moradia, meio ambiente, entre outras. A complexidade social reclama um conjunto de pessoas com distintas percepções seletivas

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

que convergindo para um determinado problema, contribuem para a superação do mesmo de forma a considerar tantas quantas vertentes possíveis.

Enquanto articulador destas muitas percepções, o jurista constrói uma outra reputação sob a égide do diálogo entre ciências, reconhecendo-se e sendo reconhecido enquanto liderança – porque é o responsável por dialogar com o Poder Judiciário em nome daqueles que estão diretamente envolvidos com as políticas públicas –, e torna-se sua própria autoridade ao libertar-se das amarras de um posicionamento majoritário, pois agora evidencia a sua autonomia em, não só dizer, mas efetivar o direito.

5 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo, SP: Abril Cultural, 1973.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Contemplem! Eis o comunicador da norma**. In: *Quaestio Iuris*, vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, pp. 241-257, 2017.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Direito à Educação e Diálogo entre Poderes**. Tese de Doutorado, Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas – FE/UNICAMP. 2012.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Quando a LDB não fala em Educação Integral**. In: COSTA, Sinara Almeida; COLARES, Maria Lília Imbiriba Sousa. *Educação Integral: concepções e práticas a luz dos condicionantes singulares e universais*. 1ªed. Curitiba, PR:CRV, p.15-32, 2016.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Judicialização de avaliações em larga escala: breves considerações**. In: Jeffrey, Débora Cristina (org.) *Política e Avaliação Educacional: interfaces com a epistemologia*. 1ª ed. Curitiba, PR: CRV, p. 201-220, 2015.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; RUS PEREZ, José Roberto. **Justiça social e política educacional: Extensão das vagas escolares na educação infantil**. In: *Revista de Educação PUC-Campinas*, Campinas, SP. v. 18, p. 161-170, 2013.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo, SP: Atlas, 1994.

FLUSSER, Vilem. **Língua e Realidade**. São Paulo, SP: Editora Herder. 1963.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador, BA: JusPodivm, 2009.

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática de análise de políticas públicas no Brasil*. In: **Planejamento e políticas públicas**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, RJ n. 21, p. 211-259, Jun. 2000. Disponível em: <http://www.ufpa.br/epdir/images/docs/paper21.pdf>. Acesso em: 12 Out. 2016.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

GONZALEZ AGUDELO, Elvia María. El retorno a la traducción o nuevamente sobre la historia del concepto de hermenéutica. In: **Opinión Jurídica**, Medellín, Colombia , v. 10, n. 19, p. 41-60, Jan. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Out. 2016.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London, England: Macmillan Press, 1936.

LACLAU, Ernesto. **A razão populista**. São Paulo, SP: Três estrelas, 2013.

LACLAU, Ernesto. El pueblo, Lo popular y el populismo. In: NEGRI, Toni et. al. (orgs.) **I Ciclo de Seminarios Internacionales: pensando el mundo desde Bolívia**. La Paz, Bolívia: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolívia; Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. 2010.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 2002.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Barcarena, PA: Editorial Presença, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, SP , v. 2, n. 2, p. 46-71, Ago. 1988 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Out. 2016.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. São Paulo, SP: Cultrix; USP, 1969.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol 1. Rio de Janeiro, RJ: Forense 1989.

SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, v. 6 n.1, p.95-118, Jan-Jun. 2010. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/06_0.pdf. Acesso em: 12 Out. 2016.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação Jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. In: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, RS, v. 11, n.1, p. 135-147, jan-jun 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/940>. Acesso em: 12 Out. 2016.

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Submetido em 13/11/2019

Aprovado em 10/07/2020

DISASTERS AND THE LAW: THE BRAZILIAN CONTEXT AND A PERSPECTIVE

DESASTRES E O DIREITO: O CONTEXTO E A PERSPECTIVA BRASILEIRA

Délton Winter de Carvalho¹**ABSTRACT**

As a result of many factors (climate change, technological change, land use decisions, economics, population growth and demographic trends, among other factors), disasters have increased in the last decades. Reflecting the worldwide pattern, Brazil has and is facing the increase in floods, landslides and droughts. My purpose in Part I is to examine the disasters in the Brazilian context, their main features, numbers, trends, and their relation to the global context. It describes climate change and the increased occurrence of disasters around the world and specifically in Brazil. Part II describes and details the *Brazilian Disaster Legal Framework*, presenting the legal strategies as well as best practices in terms of prevention and mitigation, preparedness and response,

RESUMO

Como resultado de muitos fatores (mudanças climáticas, mudanças tecnológicas, decisões de uso da terra, economia, crescimento populacional e tendências demográficas, entre outros fatores), os desastres aumentaram nas últimas décadas. Refletindo o padrão mundial, o Brasil enfrenta e está enfrentando o aumento de inundações, deslizamentos de terra e secas. Meu objetivo na Parte I é examinar os desastres no contexto brasileiro, suas principais características, números, tendências e sua relação com o contexto global. Descreve as mudanças climáticas e o aumento da ocorrência de desastres em todo o mundo e especificamente no Brasil. A Parte II descreve e detalha o Marco Legal Brasileiro sobre Desastres, apresentando as estratégias legais e as melhores práticas

¹ Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres, University of California, Berkeley, EUA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, nível Mestrado e Doutorado. Advogado, Parecerista e Consultor jurídico. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS. Diretor Nacional de Ensino da UBAA – União Brasileira da Advocacia Ambiental. Sócio fundador do Délton Carvalho Direito Ambiental. E-mail: delton@deltoncarvalho.com.br.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

compensation, and reconstruction. In response to recent major disasters, the Brazilian Government and Congress have passed new statutes, not least of which are: Federal Decree 7.257/2010 and Federal Law 12.340/2010. This legislation focused on *response* and *recovery*, paying relatively little attention to addressing *prevention and mitigation*. It was only with the issuance of Federal Law 12.608/2012 that disaster prevention and mitigation started to be seen as the main goal of the National Policy of Civil Protection and Defense. The aim of Part II is to show that the current legal system seems to adopt a systemic approach to dealing with disasters and their different phases to be described in more detail Part II is divided into three main subjects and functions of Disaster Law: Prevention and Mitigation, Preparedness, Response, and Compensation.

KEYWORDS:

Disaster law in Brazil; Brazilian Disaster Legal Framework; National Policy of Civil Protection and Defense; Federal Law 12.340/2010.

em termos de prevenção e mitigação, preparação e resposta, compensação e reconstrução. Em resposta a grandes desastres recentes, o Governo e o Congresso brasileiro aprovaram novos estatutos, entre os quais: Decreto Federal 7.257 / 2010 e Lei Federal 12.340 / 2010. Essa legislação se concentrou na resposta e recuperação, prestando relativamente pouca atenção ao tratamento da prevenção e mitigação. Foi somente com a emissão da Lei Federal 12.608/2012 que a prevenção e mitigação de desastres passaram a ser vistas como o principal objetivo da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. O objetivo da Parte II é mostrar que o sistema jurídico atual parece adotar uma abordagem sistêmica para lidar com desastres e suas diferentes fases a serem descritas com mais detalhes. A Parte II é dividida em três assuntos e funções principais da Lei de Desastres: Prevenção e Mitigação, Preparação, Resposta e Compensação.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito dos Desastres no Brasil; Marco Legal Brasileiro sobre Desastres; Política Nacional de Proteção e Defesa Civil; Lei Federal nº 12.340/2010.

1 INTRODUCTION

As a result of many factors (climate change, technological change, land use decisions, economics, population growth and demographic trends, among other factors), disasters have increased in the last decades. Reflecting the worldwide pattern, Brazil has and is facing the increase in floods, landslides and droughts, mainly. For much of its natural disaster history, Brazil has addressed severe droughts in the northeast of the country, but this has recently been changing in significant ways. There has been an intensification of disasters as a whole, with special concerns recently over floods and landslides.

The road-map for the paper is as follows. My purpose in Section 2 is to examine the disasters in the Brazilian context, their main features, numbers, trends, and their relation to the global context. It describes climate change and the increased occurrence of disasters around the world and specifically in Brazil. This part outlines the key disasters that have occurred in Brazil and introduces the reader briefly to their legal context in the Brazilian setting.

Section 3 describes and details the *Brazilian Disaster Legal Framework*, presenting the legal strategies as well as best practices in terms of prevention and mitigation, preparedness and response, compensation, and reconstruction. In response to recent major disasters, the Brazilian Government and Congress have passed new statutes, not least of which are: Federal Decree 7.257/2010 and Federal Law 12.340/2010. As we will see, this legislation focused on *response* and *recovery*, paying relatively little attention to addressing *prevention and mitigation*. It was only with the issuance of Federal Law 12.608/2012 that disaster prevention and mitigation started to be seen as the main goal of the National Policy of Civil Protection and Defense. The aim of Part II is to show that the current legal system seems to adopt a systemic approach to dealing with disasters and their different phases to be described in more detail.

Section 3 is divided into three main subjects and functions of Disaster Law: Prevention and Mitigation, Preparedness and Response, and Compensation. These are the interconnected strategies, where Law plays a key role, helping society to avoid, prepare

for and respond to disasters. Thus, the focus of this paper is to provide an overview over Disaster Law in Brazil as it exists, both in its potential and its weaknesses.

2 DISASTERS IN BRAZIL

Disasters have become a worldwide concern in recent years due to their significantly increased occurrence. The same holds for Brazil. According to EM-DAT - 2007, there were a reported 150 disasters from 1900 to 2006, 84 percent of which occurring since the seventies. Thus, the reality and perception of a sharp increase in the past several decades. In addition to the overly 8,000 human fatalities, the economic losses are estimated at approximately US\$ 10 billion.¹ The Brazilian Atlas of Natural Disasters (*Atlas Brasileiro de Desastres Naturais*) lists as many as 31,909 occurrences of “natural” disasters in Brazil from 1991 to 2010. Although these figures differ from other sources, they corroborate the general sense that a growing number of disasters have taken place (ABDN, 2012).

Brazil recent and rapid economic growth has brought along with it rising numbers of human-made hazards. Legal scholars, emergency practitioners, politicians and government officials have already begun to focus on the role of the legal system in preparing for and responding to such events and their severe consequences.²

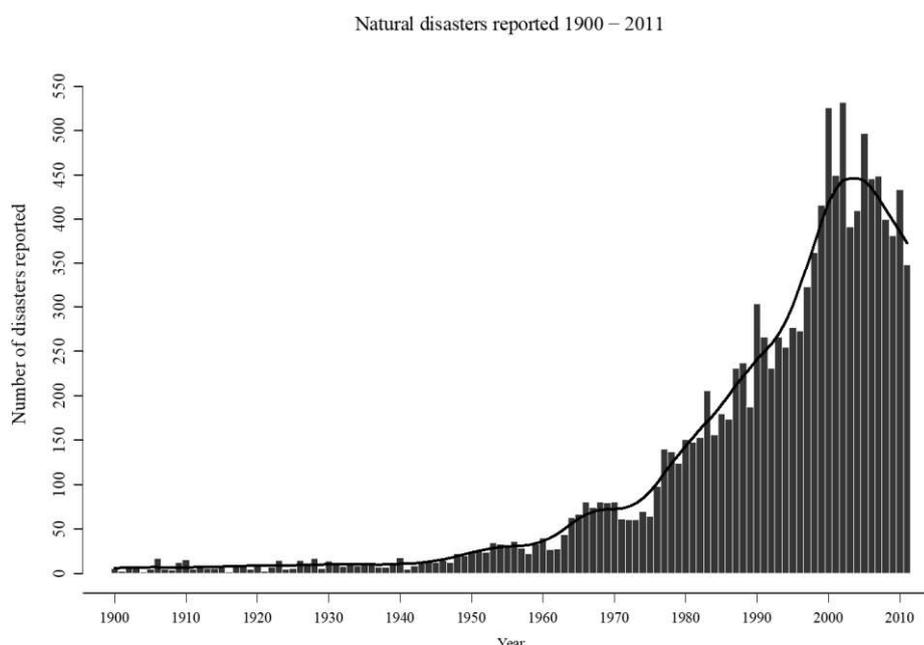
Brazil within the global setting. The increasing trend in disaster occurrences in Brazil takes place with the context of a global rising pattern. Figure 2 shows the rising global trend as reported in data from 1900 to 2011.³

¹ Available on: <http://www.inpe.br/crs/geodesastres/nobrasil.php>. Accessed on 03.21.2013.

² As an example of this increasing interest, see: CARVALHO, Délton Winter; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; FARBER, Daniel. “Disaster Law and Emerging Issues in Brazil.” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD). 4(1):2-15, jan-jun, 2012. Available at: <http://www.unisinos.br/diversos/revistas/ojs/index.php/RECHTD>. Accessed on 03.03.2013.

³ According to EM-DAT: The OFDA/CRED International Disaster Database – www.emdat.be – Université Catholique de Louvain, Brussels – Belgium. Available at: <http://www.emdat.be/natural-disasters-trends>. Access on 04.04.2013.

Figure 2: Natural disasters reported from 1900 to 2011



Source: According to EM-DAT: The OFDA/CRED International Disaster Database – www.emdat.be – Université Catholique de Louvain, Brussels – Belgium. Available at: <http://www.emdat.be/natural-disasters-trends>. Access on 04.04.2013.

Notwithstanding the underlying scientific uncertainties⁴, climate change (i) seems to play a prominent role in the rising trends, along with other factors that amplify the risks and costs of disasters, such as (ii) the modern economic conditions, (iii) population growth and demographic trends, (iv) land use decisions, and (v) the existing infrastructures, built and environmental (FABER et al, 2010).

The *Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC 2007 Report* considered it *very likely* (which denotes a likelihood of 90-100%) “that hot extremes, heat waves and heavy precipitation events will become more frequent.”⁵ In spite of the scientific

⁴The existence of scientific uncertainties concerning the relation between climate change and the increase in the disasters, particularly natural disasters, are confirmed by GRID ARENDAL/UNEP. Available at: http://www.grida.no/graphicslib/detail/trends-in-natural-disasters_a899. Accessed on 03.21.2013.

⁵Available at <http://www.ipcc.ch/>. Access on 04.11.2013.

uncertainty regarding climate change and its effects, it seems clear that climate change has been causing an escalation of so-called extreme weather events over the last decades.

As a good representation of the current state of the science, the 2007 Report considers the warming of the climate system to be “unequivocal”, since increases can be observed in “global average air and ocean temperatures, widespread melting of snow and ice, and rising global average sea level”⁶.

According to the *2012 Special Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, evidence suggests that some extremes weather events have changed and increased as a result of anthropogenic influences. For the report, there is i) “medium confidence” that anthropogenic influences have contributed to an intensification of extreme precipitation on a global scale; ii) a likelihood of 66-100% probability) of an anthropogenic influence on extreme coastal high water increase due to an increase in mean sea level; and iii) also the likelihood that anthropogenic influences have led to warming of extreme minimum and maximum daily temperatures on a global scale (IPCC, 2012).

In line with accentuating extreme weather events, climate change exacerbates existing vulnerabilities in developing countries due to the fact that economic costs and frequency of disasters have increased in the recent past. Even if the absolute economic costs are greater in developed countries, developing countries face higher mortality rates associated with recent disasters (96% of all disaster-related deaths). [You need a citation for the previous finding and preferably an example, like an earthquake of xx magnitude in developed country y lead to zz deaths but the same magnitude earthquake is developing country yy lead to zzzz deaths]. Also, the financial costs of extreme weather events represent a greater proportion of Gross Domestic Product –GDP (STERN, 2008, p. 115-118). Current experiences with extreme weather events can demonstrate how devastating droughts and floods may be increasing poverty in already vulnerable communities and countries.

In a circular process feedback, there is also “*high confidence*” (about 8 out of 10) that climate change will impose greater challenges for managing catastrophic risks, thereby making it harder to assess, communicate and manage these risks (IPCC, 2012, p.

⁶ Available at <http://www.ipcc.ch/>. Access on 04.11.2013.

27). Climate change, as a *risk multiplier* (these risks have often existed for a long time, but are now heightened by the consequences of a hotter world), tends to destabilize not only the environment but the social structures as well. As we face more stress over natural resources (such as water, energy, soil, and so on) and among groups (communities, countries, regions, etc), conflicts are prone to arise or to be intensified where they already exist.

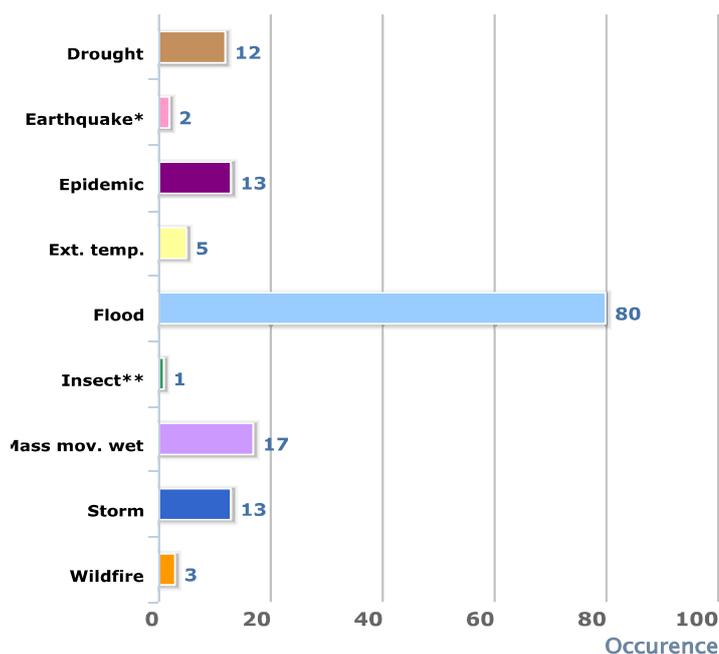
Therefore, *climate sensitivity* tends to exert greater pressure with regard to so-called "natural" disasters. They can also exert greater destabilization in social relations, intensifying the possibilities of increased anthropogenic disasters. Thus, the occurrence of disasters and their recent increase is related to a pattern of cumulative exposure, vulnerability and climate events (IPCC, 2012). In this sense, it is important to keep in mind that the occurrence of disasters and their recent growth is in all likelihood linked to the convergence of physical and social factors, resulting in events sufficiently severe to affect human lives, properties, services and environmental resources.

For much of its history of natural disasters, Brazil has mainly limited itself to address severe droughts in the Northeast,⁷ but this long standing pattern has recently been going through a broad and rapid change. There has been an intensification of disasters as a whole, with special concerns over floods and landslides.⁸ Although droughts intensified in the period, floods and landslides were the most constant, hard-hitting and severe natural disasters from 1980 to 2010, as shown below:⁹

⁷ For Margareta Wahlstrom, Assistant Secretariat General for the United Nations International Strategy for Disaster Reduction: "For much of its history, Brazil has been blessed like almost no other country of its size to be almost free of such calamities. Earthquakes, tornadoes, hurricanes, blizzards, erupting volcanoes – none have proved threats to Brazil. *Until recently, the most costly and best known disasters were severe droughts. But in the last few years the increasing frequency of floods, high winds and storms has become part of the new normal of Brazil.*" Available at: www.unisdr.org e <http://greeconomics.blogspot.com/2011/01/adapting-to-natural-risk-case.html>. Accessed on 04.18.2013.

⁸ For Swiss Re's head of corporate solutions for Brazil, Fabio Corrias: "Natural disaster will likely become more frequent in Brazil and also more costly in terms of human lives and government expenditures (...). Brazil has traditionally had a very low exposure to natural disaster, but during the last five years the frequency of events such as heavy rains, floods and avalanches has increased (...)." (RINDEBRO, U.. Natural Disasters Likely to Become More Frequent, Costly – Swiss Re – Brazil. Business News Americas. 2011. Available at: <http://www.bnamericas.com/news/insurance/natural-disasters-likely-to-become-more-frequent-costly-swiss-re>. Accessed on: 06/04/2013.)

⁹ Available at <http://www.preventionweb.net/english/countries/statistics/?cid=24>. Accessed on 04.26.2013.



Against this backdrop, the strategies adopted by the latest Brazilian laws tend to place more emphasis on the catastrophic consequences of floods and landslides. To that end, recent disaster prevention and mitigation measures have focused on land use plans, contingency plans and risk maps.

3 BRAZILIAN DISASTER LEGAL FRAMEWORK

In response to the recent disasters, the Brazilian Government and Congress passed new statutes, particularly Federal Decree 7.257/2010 (which sets criteria for recognition of *state of emergency*¹⁰ and *public calamity*¹¹ in areas hit by disasters, and for fund transfers for relief efforts, assistance for disaster victims, restoration of essential services and reconstruction); and Federal Law 12.340/2010 (which frames the implementation of response and recovery actions in areas hit by disaster, sets out proceedings for the flow of funds from the Federal, State and Local Governments, and outlines the constitution and management of the Special Fund for Public Calamities). This legislation has focused

¹⁰ According to article 2, item III, of Decree No. 7.257/2010, *state of emergency* is an “abnormal situation brought about by disasters causing damages that involve the partial impairment of responsiveness of the affected government.”

¹¹ According to article 2, item IV, of Decree No. 7.257/2010, *public calamity* is an “abnormal situation brought about by disasters causing damages that involve substantial impairment of responsiveness of the affected government.”

on *response* and *recovery*, while little attention has been given as of this writing to addressing *prevention and mitigation*.

After the worst natural disaster recorded in Brazil, where 918 people were killed in the hilly region of Rio de Janeiro state by floods and landslides in 2011, a new piece of legislation, Federal Law 12.608/2012, was issued. The importance of this lies in the fact that for the first time disaster prevention and mitigation are seen as the main goal of the National Policy and System of Civil Protection and Defense Act (Federal Law 12.608/12) [is this a minister, a White paper, a formal policy—you need to be clear if you are going to capitalize the phrase]. The statute sets out the: i) arrangement between the Union, the States, the Federal District and the municipalities for disaster reduction and support to the affected communities; ii) systemic approach to prevention, mitigation, preparedness, response and recovery; iii) priority for preventive actions related to disaster mitigation; iv) adoption of the river basin as the unit of analysis for the prevention of water-related disasters; v) planning [processes? procedures? guidelines?] based on research and studies regarding areas of risk and impact of disasters in the country; and vi) participation of the civil society.¹²

This *statute's guidelines*, mainly regarding priorities for both the *systemic* (prevention, mitigation, preparedness, response and recovery) and the *preventive approaches* (ii and iii in the preceding paragraph), underscores how the entire system seems structured after a “circle of risk management” (FARBER, 2012, p. 3): “each stage of the circle of disaster is part of society's risk management portfolio.” This set of strategies to prevent, mitigate, respond, compensate and rebuild are linked under the need for a *full circle risk management*, unifying Disaster Law (FARBER et al, 2010). This “disaster cycle” also serves as an *analytic heuristic* to assess the efficacy of preventive and response actions, as well as to evaluate what went wrong in these strategies and phases.

¹² According to article 4 of Law 12.608/2010.

3.1 Preventive and Mitigation Legal Strategies

Despite the importance of prevention in Disaster Law and the key role it plays in the Brazilian legal system, this function only gained significance in the most recent legislation concerning disaster-related issues when Law No. 12.608/2012 was passed. Up to then, only issues under environmental law (environmental damage and risks) were treated preventively. Disasters would become a legal concern only after their occurrence.

Although one objective of the National Policy of Civil Protection and Defense is “disaster risk reduction”¹³, the picture posed in policies and in federal action is somewhat different. In 2012 the Federal Government spent much more in response and recovery (R\$ 279,687,808.96) than in prevention (where the government spent only R\$ 22,841,781.23) and risk management (only R\$ 14,949,888,17).¹⁴ This demonstrates a considerable financial discrepancy between the law in the books and government action, which in the case of catastrophic events is even worse due to its frequent feature as low probability and great consequences events.

The Brazilian disaster legal system is primarily a land use-oriented strategy, focusing mainly around floods and landslides. For example, *municipalities* have the exclusive competence to legislate building codes and land management codes. Building codes do not play a key role in disaster prevention in Brazil, with no major earthquakes or any other seismic events in the country (INTERNATIONAL RED CROSS, 2012). Floods and landslides, being the most frequent and catastrophic events, are perceived to be better addressed through land management codes (called *Municipal Development Plans*) which are applied by the City Council.¹⁵ Land management codes are also within

¹³ According to article 5 of Law No. 12.608/2012: “The National Policy for Civil Protection and Defense objectives are: I - disaster risk reduction.”

¹⁴ Data available at: http://www.contasabertas.com.br/website/noticias/arquivos/887_Tabela%201.pdf. Accessed on 04.29.2013.

¹⁵ These Land Management Codes set urban development policies, determining which areas within the limits of each municipality are assigned for each building purposes (industrial, commercial, housing, leisure, special use areas such as environmental protection and so on).

the primary legislative competence of the municipalities¹⁶, which are required to follow some general directives set by Federal Law¹⁷.

Because of their primary competence and responsibilities in land management, municipalities *play a key role in disaster risk management*, especially considering that the main focus and priority of recent legislation is to avoid losses caused by major floods and landslides. Following the issue of the National Policy for Civil Protection and Defense, it is a statutory obligation for the municipalities to “identify and map out disaster risk areas”¹⁸ within their limits.¹⁹ The information in these risk maps must be taken into consideration in the *land management codes* (preventing new settlements in risk-prone areas²⁰ and, in some special cases, urging the relocation of these communities), and must consider the *basin management plan*²¹. They also are required to *conduct regular drills according to contingency plans for civil defense and protection*.²²

At the *state level*, these entities are required to identify and map the risk-prone areas as well as draft reports identifying hazards, susceptibilities, and vulnerabilities, in articulation with municipalities and the Union.²³ They are also required to monitor the meteorological, hydrological and geological risk areas, in conjunction with the Union and

¹⁶ According to article 30, item VIII of the Brazilian Federal Constitution of 1988, Municipalities shall “promote, where applicable, appropriate land through planning and controlling the use of fragmentation and occupation of urban land.”

¹⁷ As an example, Law 10.257/2001 is one of the most relevant federal laws in setting a general framework for urban management and policy.

¹⁸ Article 8, IV, Law 12.608/2012.

¹⁹ Municipalities included in the National Registry with areas susceptible to high-impact landslides, flash floods or geological or hydrological processes shall i) prepare a risk-prone areas map; ii) draw up a Civil Protection and Defense Contingency Plan; iii) create an implementation plan of public works and services for the reduction of disaster risks; iv) control and monitor risk-prone areas, avoiding new settlements; v) draw up a geotechnical chart for new urban settlements (according to article 3-A, of Law 12.340/2010).

²⁰ Article 8, V, Law 12.608/2012.

²¹ As another National Civil Protection and Defense Policy guideline: “the adoption of the watershed as a unit of analysis of disaster prevention actions related to water bodies.” (article 4, IV, Law 12.608/2012).

²² Article 8, XI, Law 12.608/2012.

²³ Article 7, IV, Law 12.608/2012.

Municipalities.²⁴ It is the statutory duty of each state to prepare its *State Plan for Civil Protection and Defense*.²⁵

To this end, the *Federal Government role* is to support the states, federal districts and municipalities in identifying and mapping out the risk-prone areas and draft reports identifying hazards, susceptibilities, and vulnerabilities in close coordination with municipalities and the Union.²⁶ One of the main duties and roles of the Union in the National Policy of Civil Protection and Defense System is to keep a national register of municipalities with respect to the areas that are susceptible to high-impact landslides, flash floods or disasters related to geological or hydrological processes.²⁷ The federal government created the *Center for Natural Disasters Monitoring and Alert* (Centro de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais - CEMADEN), headed by the Ministry of Science and Technology.²⁸ Located in the city of Cachoeira Paulista (São Paulo State), the center is responsible for managing information from data issued by radar, rain gauges and weather forecasts. Among the duties of CEMADEN are: i) developing natural disaster alerts concerning protective actions and civil defense in the country; ii) conducting and disseminating research and studies aimed at producing information needed to plan and promote preventive action to avoid natural disasters; iii) operating computer systems needed for the preparation of natural disasters warnings; iv) promoting capacity-building, training and support activities for education in its areas of expertise; and v) providing natural disaster alerts for the National Center for Risk Management and Disaster (Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres - CENAD²⁹), which

²⁴ Article 7, V, Law 12.608/2012.

²⁵ Article 7, III, Law 12.608/2012.

²⁶ Article 6, IV, Law 12.608/2012.

²⁷ Article 6, VI, Law 12.608/2012.

²⁸ According to Federal Decree 7,513/2011.

²⁹ This center (CENAD) was created by Federal Decree No. 5.376/2005, and its main function is to improve disaster response by the State. This organization has a multidisciplinary team with instruments to integrate and gather information from many other governmental agencies to monitor critical situations and manage the preparation for and the response to disasters.

integrates the Ministry of National Integration, in support of the National System of Civil Protection and Defense.³⁰

In other words, this promising system presents some operational and implementation limitations, especially in view of the fact that the disaster-related public policy tradition in the country has previously been focused on response and recovery rather than on prevention and risk management. It is clear that there is still an absence of a national, let alone regional, risk prevention culture in the country, again as a result of the low level of perceived risk and few preceding disasters in the national and collective memory. Likewise, there is no nationwide risk management planning in the country: actions and plans are associated with the Civil Defense and are applied in isolation, both at the state and municipal levels (PNGRD, 2012, p. 66). Although the new legal framework has a systemic approach to the disaster circle and uses prevention as its guideline, there is not as yet a consolidated culture of management or a public policy for disaster risk reduction, especially in terms of prospective action.

There is a striking lack of data in the country to support analysis and define standards and technical criteria for monitoring processes and analyzing events associated with disasters. The databases are individually designed, maintained and updated by each organization, with not enough data being shared among them to fully integrate important information for disaster risk management (PNGRD, 2012, p. 79).

Finally, the main focus of this structure enacted by law 12.608/2012 is to deal above all with “natural” disasters (floods, landslides, tropical storms, and droughts). The main risk management strategies in this legal system include, among others, raising awareness, creating an information system, drawing up contingency plans, and *controlling land use*, all of which is focused more on consequences (C). This legislation, therefore, is at risk of not giving as much attention to preventing the probability of disasters (Pf) – by using approaches such as landscape reconstruction, ecosystem services (green infrastructure), built infrastructure, and so on – as to dealing with their consequences of failure (Cf). If the tools and strategies to prevent and mitigate probability

³⁰ According to information available at the *Center for Natural Disasters Monitoring and Alert* (Centro de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais - CEMADEN) website: <http://www.cemaden.gov.br>. Accessed on 02.05.2013.

and consequences are not balanced, this means risk, as $P_f \times C_f$, are not being fully evaluated, let alone managed.

However, the focus shift from response strategies to prevention and mitigation strategies is an improvement of the Brazilian legal system for disaster risk reduction. Some practices have been successful.

There has also been an improvement of better practices used for disaster prevention and response, in light of lessons learned from the latest occurrences. In the state of *Santa Catarina* many projects have raised the awareness of disaster risks in the communities living in risk areas, a joint effort by the Santa Catarina Civil Defense and CEPED -University Center for Disaster Research and Studies of the Federal University of Santa Catarina (PNGRD, 2012, p. 47). In the state capital, Florianópolis, an urbanization project supported by the three levels of government – union, state, and municipality – has been implemented, where the state is in charge of setting up the sanitation network (for sewage and collection of rain waters, among other functions), putting in place a drainage system, as well as opening and/or paving streets within the area (most existing streets in slums are in general too narrow and tight to allow for adequate mobility). After the construction of some mud retaining walls, these were painted by the community in an attempt to bring people together and encourage them to voice their views. This project covers engineering works, relocation of families, building of new houses, according to the situation on the ground (INTERNATIONAL RED CROSS, 2012, p. 45). Another city, Blumenau, has mapped out its risk areas, implemented a warning system for intense rain, carried out slope stabilization works and removed poorly-built houses from risk-prone areas. In this city, soil assessments provided by the Municipal Secretariat of Geology are required for the release of all permits for new constructions (PNGRD, 2012).

Another example [of what?] is where the Geological Survey of the State of Rio de Janeiro has been carrying out landslide analyses and diagnoses since 2007, providing emergency assistance to municipalities and mapping out all geohazards within their area. In the city of Rio de Janeiro, the *Rio Alert System* has been implemented, featuring rain gauge stations set up to monitor rainfall and to issue warnings to the public through the press and city agencies responsible for the removal of families from areas of geological hazard, in addition to other preventive actions.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Brazilian courts have a very intense litigation over environmental issues. Such actions can be filed by a single person (for individual injuries, such as health and property) or, in case of collective and diffuse interests (suits similar to class actions, called *Ação Civil Pública*³¹), by entities such as the Prosecutorial Office (Ministério Público), NGOs, the Office of the Public Defender (Defensoria Pública), among others. To that end, recent decisions of the courts have demanded demonstration of a “concrete risk” (CARVALHO, 2013)³².

In one particular case, the Prosecutorial Office sued the Municipality of Petrópolis and the State of Rio de Janeiro, arguing that they had failed in their constitutional duty to supervise the occupation of urban land and enforce their environmental responsibility. The Prosecutorial Office wanted the court to impose on these entities the adoption of measures to restore the urban environmental balance, thereby preventing further occurrence of landslides. In preliminary injunction and final judgment, the Prosecutor requested the Civil Defense to: i) report to the Court the technical and regulatory criteria used for classifying a given area as being a high-risk, medium and low-risk area for landslides; ii) carry out such risk ratings at the area which was the object of the proceeding; iii) present in court the report and timetable for any work to be carried out on site; iv) remove residents living in at-risk or environmental conservation areas and relocate them as an emergency measures; v) and levy a daily fine for non-compliance with the measures. However, the lawsuit was dismissed in the first-instance judgement and in the Court of Appeal. According to the *Rio de Janeiro State Court* decision: “The existence of a concrete risk on the site which is the object of this action has thus not been proved.”³³ Yet, in another case, the same decision was upheld:

“Notwithstanding the widely publicized tragedy in the mountainous region of the State of Rio de Janeiro, [with] evident omissions on the part of Public Authorities concerning environmental degradation and

³¹ Law 7,347 of July 1985.

³² In Brazilian Environmental Law, *concrete risks* are those which are specific, quantifiable and known. This terminology is used in distinction to *abstracts risks*, or uncertain risks.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível No. 014588-95.2011.8.19.0042*. Décima Terceira Câmara Cível. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho. Ruling on: 28/03/2012. “Prosecutors (...) filed more than 300 civil suits, all designed to prevent landslides in several areas of the city of Petrópolis. No causal link demonstrated. Distinct causes of action. Initial petition does not mention the real risk in the area indicated. Responsibility of each federal entity and other defendants unspecified. Initial petition correctly rejected. Precedents of the House. Appeal Dismissed.”

uncontrolled settlement of areas that should have been preserved, the risk intended to be prevented must be pointed out, in a concrete manner, in the initial petition.”³⁴

On the other hand, many decisions imposing preventive measures concerning uncertain risks in Environmental Law issues have been taken under the Precautionary Principle. It should also be pointed out that courts are very sensitive to the irreversibility argument. When a serious environmental risk imposes some kind of irreversibility, and this is reasonably demonstrated, many courts use the *Precautionary Principle* to impose injunctions.

For instance, under the Precautionary Principle, the *Paraná State Court* prohibited a hazardous waste disposal facility to settle above the Guarani Aquifer. In its decision it was sustained that “this facility for ultimate hazardous waste disposal cannot be installed in an area located on the Guarani Aquifer, one of the largest water reserves in the world (...). [E]ven when employing high technology, respecting all the expertise available at the current stage of development of science, it is still possible that failures will occur, which (...) in this specific location would cause an immeasurable ecological catastrophe, since the waste to be treated on-site is extremely hazardous.”³⁵

3.2. Preparedness and Response

Preparedness as a phase of the disaster cycle is meant to organize and plan strategies to respond to a disaster when it occurs. Preparations seeks to reduce risks and consequences for individuals and communities, often realized in the form of *emergency plans*. These mechanisms identify and determine the organizational structures, functional authorities and bodies called upon to intervene in a disaster at the regional, local or community level for coordination and resource management (ARAÚJO, 2000, P. 15-18). The main preparation activities are Emergency Plans and Training Initiatives.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível NO. 0015114-62.2011.8.19.0042*. Décima Oitava Câmara Cível. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede. Ruling: 13/03/2012.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Reexame Necessário e Apelação Cível No. 347935-4*, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Leonel Cunha, j. 18/12/2007.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

The plans are meant to cover prevention, mitigation, preparedness, response, rehabilitation and reconstruction. Among the main points to consider are defining the roles for the participating agencies, identifying threats and vulnerable area, preparing an inventory of physical, human and financial resources, stipulating a strategic location for resources and supplies, determining and marking out evacuation routes and areas for temporary accommodation, and establishing a public network of internal communications and public information. Training and provisioning first responders and the community are crucial for taking action and mitigating the disaster. This includes informing the community about the threats of the area and how to act in disaster, conducting simulation exercises and disaster situations, and training the personnel involved in emergencies.

In Brazil, all levels of government (federal, state, federal district and municipalities) must have a Plan for Civil Defense and Protection, according to the new statute issued in 2012.³⁶ Noteworthy in this context is Recommendation No. 40 issued by the *National Council of Justice* in Brazil on June 13, 2012, urging State Courts to draw up action plans to address and resolve situations arising out of natural calamities and environmental disasters, whenever facing an emergency or when a state of emergency is declared.³⁷ This document serves as an Emergency Plan for state courts, assuring them guidance to maintain their operational work during and after a disaster takes place. Some of the suggestions of the *National Council of Justice* are: i) to establish a crisis cabinet (including ideally prosecutors, public defenders, the Brazilian Bar Association – OAB, and the Civil Defense); ii) to concentrate provisionally all operational activities and public services (prosecutors, public defenders, the Brazilian Bar Association – OAB) in one place, making it easier for the public to access the judiciary; iii) to authorize reciprocal assistance among district judges where the calamity took place, so as to forestall any restriction of competence during the exceptional period of time; iv) to extend the number of judges and civil servants on duty; v) to suspend procedural deadlines; vi) to regulate the possibility of requesting movable and immovable property essential for responding to emergency and crisis situations (without prejudice to future compensation claims against

³⁶ According to articles 6, VI (Union), 7, III (States), and 8, III and XI (Municipalities), of Law 12.608/2012.

³⁷ Available at <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/19843-recomendacao-n-40-de-13-de-junho-de-2012>. Accessed on 05.21.2013.

the State); vii) to develop a protocol for decisions concerning burial authorization applications, with guidelines to deal with difficulties faced under environmental disaster situations; viii) to develop a protocol for decisions concerning cases where it is impossible to fully identify the claimant, given the loss of official documents; and ix) to install a Childhood and Youth Court in order to deal with situations involving children and youth, such as deciding about temporary custody and other situations involving minors at risk.³⁸

The response to disasters is the step that corresponds to the implementation of the actions set out in the preparation stage. The fundamental objective is to save lives, reduce suffering and protect property. To this end, the pre-established emergency plan must be put into practice. This step is critical to coordinate interagency actions specified in the emergency and contingency plans, thus bringing about a greater degree of integration between bodies responsible for organizing disaster (Civil Defense / Civil Protection). This is the moment to carry out activities such as the search and rescue of victims and the provision of medical assistance to the affected population. At this stage of a disaster, the role of law is to define and provide, under the rule of law, clear guidelines for responses to emergency conditions, which also requires planning and appropriate training. The relief efforts consist of immediate actions to respond to disasters in order to assist the affected population, including search and rescue, first aid, pre-hospital care and medical and surgical emergency, among other measures established by the Ministry of National Integration.³⁹ This phase further comprises the actions of providing assistance to victims and restoring essential public services.

An interesting example of better practices in disaster preparedness and response was implemented in some municipalities in the state of Rio de Janeiro, where SMS messages were used to alert community leaders, set up meeting points for emergency situations, enable volunteers to gain access to ambulance-boats and rainfall data from the Center for Civil Defense (NUDEC), conduct educational campaigns and survey techniques.⁴⁰ This practice proved to be efficient, improving disaster risk communication,

³⁸ Article 1, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 40*, de 13 de Junho de 2012. (NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE. Recommendation No. 40, of June 13, 2012). Available at <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/19843-recomendacao-n-40-de-13-de-junho-de-2012>. Accessed on 05.21.2013.

³⁹ According to article 2, V, Decree nº 7.257/10.

⁴⁰ Information available at www.rio.rj.gov.br/defesacivil, visited on May 13th 2013.

accelerating the evacuation procedures and helping to improve public awareness (and behavior) by providing information about the disaster situation to the most vulnerable community members.

3.3. Compensation Legal Strategies

3.3.1 Governmental Assistance for Response and Recovery

In the Brazilian legal system, there are two kinds of government financial support for disaster response. One is a compulsory federal funding and another a voluntary shared fund.

Financial transfers by the Union to the States, Federal District and municipalities are compulsory for the purpose of assisting in the *implementation of relief efforts, providing assistance to the victims and restoring essential services*. [don't you need to say "under xxx authorizing legislation" or something like that?] These transfers are conditioned to the prior declaration of a *state of emergency* or a *public calamity situation* by the public entity affected by a disaster, and its recognition by the Federal Government through the Ministry of National Integration.⁴¹

On the other side, *The Special Fund for Public Calamities - FUNCAP*⁴², is a fund constituted by shares paid annually by the Union, States, Federal District and Municipalities. The main purpose of this fund is to pay for *reconstruction actions* in areas hit by disasters in the federated entities and is, therefore, also conditioned to the declaration and recognition of a *state of emergency* or *public calamity situation*. All payments made into this fund by the States, Federal District and municipalities are voluntary. If payments are carried out, the Union undertakes to pay three shares for every fully paid share.⁴³ The entity that has paid shares into the fund may only withdraw resources after two years of payment, but in case of a disaster, withdrawals can be made at any time, adding up the amounts paid by the federal entity affected by disasters and the

⁴¹ According to article 8, Law 12.340/10.

⁴² Created by Decree Law 950/69 and reshaped by Law 12.340/10.

⁴³ According to articles 9 and 11, of Law No. 12.340/2010.

amounts paid proportionally by the federal entity. That is, in case of a disaster, for every one Brazilian Real (1R\$) paid by the entity, this entity would be entitled to withdraw four.

3.3.2 The role of Tort

Brazil has a *Civil Law tradition* and its Tort Law is deeply influenced by the European Civil Liability Theory. The role of Tort Law is an increasing field regarding disasters and compensation of disaster-related damages. In the Brazilian Legal System, the general rule for civil liability is the Negligence Standard, though “dangerous activities” are ruled under strict liability.⁴⁴ Environmental damages in general are also ruled under a strict liability regime⁴⁵, as well as some specific damages such as oil spills⁴⁶, nuclear accidents⁴⁷ and other, mainly industrial activities.

In cases of so-called “natural disasters”, the Municipalities often tend to be sued for damages recovery, while in “industrial accidents” the activity itself is liable for the damages. Brazilian courts and legal scholars have refused to accept any reason to exclude civil liability for environmental damages, such as *act of God*, if the causality between the fact and the activity is proven.⁴⁸

In cases of such disasters, many Municipalities are being held liable for damages arising mainly from floods and landslides. Although some courts use the negligence liability standard and others use strict liability, the main argument to hold local government liable is the breach of duty of care and protection. While under the negligence standard courts consider as duties only those obligations expressed in the legal texts, the use of strict liability takes into account whether the public officials had the information about the risk, whether this risk was foreseeable, whether it would be reasonable to expect

⁴⁴ According to article 927 of the Brazilian Civil Code (Law 10.406/2012).

⁴⁵ Article 14, First Paragraph, Law No. 6.938/1981.

⁴⁶ Article 21, Law No. 9.966/2000.

⁴⁷ Article 4, Law No. 6.453/1977.

⁴⁸ Some Brazilian authors who adopt this theory: MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; BENJAMIN, Antonio Herman. “Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. No. 09, ano 03, São Paulo: RT, 1993; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2010.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

them to act, and whether they would have been able to avoid damages had they taken action.

For instance, the *Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul* decided:

“CIVIL APPEAL. LIABILITY. FLOODING OF RESIDENCE. FLOOD. OBJECTIVE LIABILITY OF PUBLIC ENTITY. FAILURE TO CARRY OUT MAINTENANCE AND CONSERVATION WORKS ON RAIN WATER DRAINAGE AND CONTAINMENT OF WATER COURSE FLOW. (...) State liability for Omission. When dealing with liability of the State by omission, the theory of objective liability applies, according to which the citizen must prove the omission, damage and causal link. The omission able to generate the duty to indemnify is related to the breach of a legal duty to act. Enforceability of conduct examined from the principle of proportionality and the circumstances of the particular case. In case of floodings or floods, the responsibility of the Public Administration is the administrative omission in carrying out the works necessary for the prevention, reduction or mitigation of the effects resulting from floods of public waters, in spite of the verification of strong and continuous rains.”⁴⁹

In another case, the *Court of Justice of the State of Rio de Janeiro* demonstrated some limits, considering some kind of moral hazard, as in the following decision:

“Risk area. Refusal of the plaintiffs to leave the site. Objective liability. No causal link demonstrated. Case dismissed. Maintenance. Claim that the city of Rio de Janeiro be sentenced to supply housing provided with minimal infrastructure (living room, two bedrooms, kitchen, bathroom and garage), located in the vicinity of the community where the plaintiffs reside, in addition to compensation for moral and material damages. Undeniably the right to housing is enshrined in the Constitution of the Republic with the status of a fundamental social right. Nevertheless, the Municipal Development Plan of the city of Rio de Janeiro does not support the claim to impose on the local authority the provision of housing in the manner intended. The plaintiffs irregularly built on a risk area, and regardless of the fact that their residence had been hit by the landslide that occurred in 2006, chose to remain on the site, building another property, not accepting the relocation option suggested by the municipality, according to the terms found under the social assistance report attached to the present case file. Any damages arising out of such a decision cannot be imputed to the

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível No. 70042861070*. 9ª Câmara Cível, rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. Outubro 2011.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

municipality, which carried out the necessary containment works on the site.”⁵⁰

Thus, the Municipality has broad duties of care towards the citizens, but once it demonstrated that the only reason of the damages were due to the plaintiffs refusal to move out of the risk-prone area, the case was dismissed.

4 THE LACK OF INSURANCE

Despite the importance of an insurance system to deal with disaster damages and risks, mandatory insurance schemes to reduce disaster risks do not exist. The only case on record of insurance for damages caused by *extreme weather events* was the program called “Emergency Action”, which was set down by Decree 6.910/2009 and covered small-scale farmers hit exceptionally hard by floods and droughts.⁵¹

There is another related insurance scheme for family-based agriculture, Family Farming Insurance (SEAF – Seguro da Agricultura Familiar), which covers natural events that cause crop losses, such as excessive rain, frost, hail, drought, excessive temperature variation, strong wind and cold winds, among other events. Under this scheme, family-based farmers may additionally receive 65% of the expected net income prior to destruction of their crop by natural events.⁵²

The third scheme, valid for the Northeast region and covering incidences of drought or excessive rain, is named “Crop Guarantee” (Garantia-Safra) and aims to foster familiar agriculture in the region.⁵³

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível No. 0193579-61.2007.8.19.0001*. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Elizabete Filizzola. Ruling on: 15/08/2012.

⁵¹ Available at: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-6910-22-julho-2009-589830-norma-pe.html>. Accessed on: 05.26.2013.

⁵² Available at: <http://www.mda.gov.br/portal/saf/programas/seaf>. Accessed on 05.25.2013.

⁵³ Available at: <http://www.mda.gov.br/portal/saf/programas/garantiasafra>. Accessed on 05.25.2013.

5 CONCLUSION

Responding to an increase in the occurrence of disasters, the Brazilian Government and Congress issued several statutes concerning the role of government and the law in terms of response, compensation and recovery. Recently, however, the National Policy for Civil Protection and Defense (Law No. 12.608/12) was passed, shifting the gravitational center of the legal system for disaster management from a mainly disaster response model towards a model focused on prevention.

From now on, the legal system is meant, at least in policy, to follow a systemic approach, where prevention (risk management) must link all phases and strategies, interconnecting prevention and mitigation, response, compensation, and rebuilding. Given its recent issue and markedly shifting approach, there is still a lack of tradition in disaster risk reduction. As an example, nationwide integration of information about disasters, as well as strategies to prevent and respond to these events, are still missing. Some successfully implemented practices remain very isolated, while shared experiences, information and actions are still absent.

Nevertheless, the Brazilian legal approach concerning the prevention and response to disasters seems quite promising, not only because of its focus on some interesting interconnected land use tools (dealing with probabilities such as land use development plans, watershed plans, risk mapping, information systems, warning systems), but also because it has encouraged the development of an institutional structure (Civil Defense, CEMADEM) that allows for more efficiency when it comes to preparedness and response to disasters, while fundamentally enforcing disaster prevention.

6 REFERENCES

ARAÚJO, Sérgio Batista de. *Manual de Planejamento de Emergência*. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado de Defesa Civil/Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, 2000. P. 15-18 (*Emergency Planning Guide*. Rio de Janeiro: State Secretariat of Civil Defense / Fire Brigade of the State of Rio de Janeiro, 2000. p. 15-18.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

ATLAS BRASILEIRO DE DESASTRES NATURAIS 1991 a 2010: VOLUME BRASIL. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012. p. 28.

BENJAMIN, Antonio Herman. “Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. No. 09, ano 03, São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível No. 014588-95.2011.8.19.0042*. Décima Terceira Câmara Cível. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho. Ruling on: 28/03/2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível NO. 0015114-62.2011.8.19.0042*. Décima Oitava Câmara Cível. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede. Ruling: 13/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Reexame Necessário e Apelação Cível No. 347935-4*, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Leonel Cunha, j. 18/12/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível No. 70042861070*. 9ª Câmara Cível, rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. Outubro 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível No. 0193579-61.2007.8.19.0001*. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Elizabete Filizzola. Ruling on: 15/08/2012.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; FARBER, Daniel. “Disaster Law and Emerging Issues in Brazil.” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 4(I):2-15, jan-jun, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 40*, de 13 de Junho de 2012. (NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE. Recommendation No.40, of June 13, 2012).

FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert. R.M.; SUN, Lisa Grow. *Disaster Law and Policy*. New York: Aspen Publishers, 2010. p. 09-73.

FARBER, Daniel A. “Introduction: Legal Scholarship, the Disaster Cycle, and the Fukushima Accident.” *Duke Environmental Law & Policy Forum*. v. 23, No. 1, 2012. p. 03.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. *Climate Change 2007: Synthesis Report*.

INTERNATIONAL RED CROSS. *Analysis of Legislation Related to Disaster Risk Reduction in Brazil*. Geneva: International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2010.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. *Plano Nacional de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres – PNGRD: Diagnóstico 2012*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. (MINISTRY OF NATIONAL INTEGRATION. National Plan for Disasters Risk Management and Response: Diagnosis 2012. Rio de Janeiro: FGV, 2012). p. 66.

SPECIAL REPORT OF THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. *Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

STERN, Nicholas. *The Economics of Climate Change: The Stern Review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 115-118.

Submetido em 06/08/2020

Aprovado em 15/10/2020

HISTORICAL EVOLUTION OF THE “GREENISATION” OF EUROPEAN GOVERNANCE: THE DEFINITION AND THE APPROACH OF ENVIRONMENT FROM A EUROPEAN UNION PERSPECTIVE**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA “ECOLOGIZAÇÃO” DA GOVERNANÇA EUROPEIA: A DEFINIÇÃO E A ABORDAGEM DO MEIO AMBIENTE NA PERSPECTIVA DA UNIÃO EUROPEIA**Giulia Parola¹**ABSTRACT**

The European Union is the only region which has as its official objective the promotion of economic development, social cohesion and environmental protection at the same time. Thus, this article analyses the historical evolution of the “greenisation” of European governance, in particular through the Europeans treaties. Nevertheless, before starting it is necessary to analyse in particular the definition of the term “Environment” which can be found within the European context and then scrutinise which kind of approach, anthropocentric or ecocentric approach, the EU has adopted in the European Law. This paper was written from a qualitative research, with normative profile, and using academic literature analysis and bibliographical review.

RESUMO

A União Europeia é a única região que tem como objetivo oficial promover simultaneamente o desenvolvimento econômico, a coesão social e a proteção do ambiente. Assim, este artigo expõe a análise da evolução histórica da "ecologização" da governança europeia, em particular através dos tratados europeus. No entanto, antes de começar, é necessário analisar, em particular, a definição do termo "Ambiente", que pode ser encontrada no contexto europeu e, em seguida, examinar que tipo de abordagem, antropocêntrica ou ecocêntrica, a UE adotou no direito europeu. Este artigo foi escrito a partir de pesquisa qualitativa, com perfil normativo, e utilizando análise de literatura acadêmica e revisão bibliográfica.

¹ Professora Visitante Estrangeira da UNIRIO; Pós-doutora em Direito Ambiental da UFF no Programa PPGDC (Mestrado em Direito Constitucional, UFF Rio de Janeiro). Doutora em Direito pela Université Paris V René Descartes (França) e Università degli Studi di Torino (Italia), LLM em Direito internacional do Meio Ambiente pela University of Iceland (Islândia) e mestre em direito pela Università degli Studi di Torino (Italia) graduada em Direito pela Università degli Studi di Torino (Italia). Email: giulia.parola@unirio.br

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

KEYWORDS

European Union. Europeans Treaties.
European Law. Anthropocentric
Approach. Ecocentric Approach.

PALAVRAS-CHAVE

União Europeia. Tratados Europeus.
Direito Europeu. Abordagem
Antropocêntrica. Abordagem
Ecocêntrica.

1 INTRODUCTION

The European Union is the only region which has as its official objective the promotion of economic development, social cohesion and environmental protection at the same time. In fact, there is no other model in the world which brings together the three pillars of sustainability “as ensuring peace, transboundary peaceful cooperation and integration, democracy and elements of an open society, under the government of the rule of law” (Krämer, 2006, p. 555).

Thus, this article sets out the historical evolution of the “greenisation” of European governance, in particular through the Europeans treaties (Part III). Nevertheless, before starting it is necessary to analyse in particular the definition of the term “Environment” which can be found within the European context (Part I) and then scrutinise which kind of approach, anthropocentric or ecocentric approach, the EU has adopted in the European Law (Part II).

2 THE DEFINITION OF THE TERM “ENVIRONMENT” IN EUROPE

Currently, what is considered as “European environment” is not clear since there is not a conclusive and uniform definition of environment in EU law. The environment is defined differently depending on the context and instrument in which it is being used (Kiss, & Shelton, 1993, p. 4).¹

The following overview shall first address the term “natural resources” particularly since they constitute part of both sets of definitions and second, an overview of the debate surrounding the definition shall be given.²

¹ See also Thornton, & Beckwith, 2004, p. 5.

² Despite the vagueness of the term Environment, it is possible to find two categories of definitions: one includes only natural elements, a narrow definition, and one includes also a social dimension, a wide definition. The following shall give an overview over that. First, however, the term natural resources shall be addressed particularly since they constitute part of both sets of definitions.

One can categorise the definitions of natural resources on the international level into two sets. It has been suggested that natural resources are naturally occurring materials that are useful to man (Skinner, 1986, p. 1). Another proposal is that natural resources are tangibles or intangibles which may be used in an economic manner or to create economic value and which are not manufactured or produced (Rosenne, 1986, p. 63).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

In the European context natural occurrences are listed as natural resources which are not human or man-made. According to several directives and regulations natural resources comprise fauna and flora, natural habitats, groundwater³ and surface waters,⁴ soil,⁵ oil, natural gas and solid fuels.⁶ Sometimes their economic value is stressed,⁷ but also elements without an economic value fall within the definition. Moreover, the EU is a party to the Convention on Biological Diversity⁸ since 1993⁹ and Article 2 of the

These definitions imply that the appearance in nature must have an economic value. This economically-valuing definition represents the first set of definitions.

The second category covers definitions of natural resources, which do not include an economic element (This approach is favoured by Schrijver, 1995, pp. 15-16. It was suggested that natural resources are all physical natural goods, as opposed to those made by man (Cano, 1975, p. 1). Hence, there are basically two sets of definitions, one requiring an economic value, the other one not. Nevertheless, both definitions agree on the fact that a natural resource is something nature given so to speak and not man-made. Moreover, they do not seem to include human beings.

³ E.g. Step 1(j) of Annex I to the Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Geological Storage of Carbon Dioxide and Amending Council Directive 85/337/EEC, European Parliament and Council Directives 2000/60/EC, 2001/80/EC, 2004/35/EC, 2006/12/EC, 2008/1/EC and Regulation (EC) No 1013/2006, OJ 2009, L 140/114.

⁴ E.g. Groundwater and surface waters Preamble 28 of Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 Establishing a Framework for Community Action in the Field of Water Policy, OJ 2000, L 327/1; fresh water Article 2(2)(g) of Regulation (EC) No 1638/2006 of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 Laying Down General Provisions Establishing a European Neighbourhood and Partnership Instrument, OJ 2006, L 310/1; water in general Preamble 12 of Commission Regulation (EC) No 889/2008 of 5 September 2008 Laying Down Detailed Rules for the Implementation of Council Regulation (EC) No 834/2007 on Organic production and Labelling of Organic Products with regard to Organic Production, Labelling and Control, OJ 2008, L 250/1; Article 13(1) of Regulation (EC) No 1905/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 Establishing a Financing Instrument for Development Cooperation, OJ 2006, L 378/41.

⁵ E.g. Preamble 12 of Commission Regulation (EC) No 889/2008 of 5 September 2008 Laying Down Detailed Rules for the Implementation of Council Regulation (EC) No 834/2007 on Organic production and Labeling of Organic Products with Regard to Organic Production, Labeling and Control, OJ 2008, L 250/1.

⁶ E.g. all three Preamble 2 of Directive 2003/30/EC of the European Parliament and of the Council of 8 May 2003 on the Promotion of the use of Biofuels or other Renewable Fuels for Transport, OJ 2003, L 123/42; Preamble 2 of Directive 2002/91/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 On the Energy Performance of Buildings, OJ 2003, L 1/65; only oil Preamble 1 of Directive 2009/33/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Promotion of Clean and Energy-Efficient Road Transport Vehicles, OJ 2009, L 120/5

⁷ E.g. Preamble 5 of Council Directive 1999/13/EC of 11 March 1999 on the Limitation of Emissions of Volatile Organic Compounds Due to the Use of Organic Solvents in Certain Activities and Installations, OJ 1999, L 85/1.

⁸ Convention on Biological Diversity of 5 June 1992, 1760 UNTS, p. 79.

⁹ See available at www.cbd.int/countries/?country=eur.

Convention lists as natural resources air, water, land, flora and fauna and natural ecosystems.¹⁰

Hence, at the European level natural resources are also nature given occurrences which are not man-made and do not include human beings. Furthermore, they have numerous appearances that include air, water, land, flora and fauna, natural ecosystems, oil, gas and fossil fuels.

2.1 Wide definition of “Environment”

Some definitions of the environment found at the European level are wide. A wide definition is one which comprises not only natural resources but, in addition, humans or man-made things or even both.¹¹

The “Declaration on the Environment” adopted by the Heads of State and Government in 1990, at the defining of Treaty negotiations which led to the adoption of the Treaty of Maastricht is interesting. The Declaration lists numerous elements:

clean and healthy environment: the quality of air, lakes, coastal and marine waters, the quality of food and drinking water, protection against noise, protection against contamination of soil, soil erosion and desertification, preservation of habitats, flora and fauna, landscape and other elements of the natural heritage, and the amenity and quality of residential areas.

The concept of the environment is an all-encompassing term including economic, social and aesthetic elements, including the preservation of natural and archaeological heritage and the man-made as well as the natural environment (Krämer, 2006). This notion can be considered to be evolving and open to development in the face of new discoveries, technical advances and greater societal interest in, and understanding of, the subject matter (Comte, 2006, p. 190).

¹⁰ See further on these examples not mentioning the term natural resource explicitly but describing the natural environmental elements, not human and not man-made Article 2(1)(c) Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to the Classification, Packaging and Labelling of Dangerous Substances, OJ 1967, L 196/1 Article 2(12) of Council Directive 91/414/EEC of 15 July 1991 Concerning the Placing of Plant Protection Products on the Market, OJ 1991, L 230/1.

¹¹ A definition of an ordinary dictionary for instance defines the environment as the circumstances, objects or conditions, by which somebody or something is surrounded, (ed.) Allen, 2000, p. 465.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

No explicit legal definition of the environment is found in the Treaty of the European Communities. However, Article 191 (former Article 174(1)) and Article 192 (former Article 175(2) of the 2016 Consolidated versions of the Treaty on European Union (EU Treaty)¹² imply that the European environment comprises natural resources such as the natural element water, man-made elements such as waste and human beings themselves.

Thus, the EU Treaty seems to give a broad definition of the environment. Another example of a European document implying a broad definition is the Helsinki Final Act of 1975.¹³ There the co-operation in the environmental field comprises air, water, land and soil, genetic resources, rare animal and plant species, natural ecological systems, human health and waste.¹⁴ Still a broad definition, although slightly narrower, is the definition contained in the Lugano Convention of 1993.¹⁵

Its Article 2(10) defines the environment as comprising “*natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors, property which forms part of the cultural heritage; and the characteristic aspects of the landscape*”.

This definition does not include humans, but natural resources and man-made elements (Thornton, & Beckwith, 2004, p. 5). Moreover, it also comprehends the relationships between the elements. Other definitions that comprise also the relationship between the environmental elements are enshrined in Directives, though excluding man-

¹² Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2016/C 202/02

¹³ Conference on Security and Co-Operation in Europe Final Act of 1 August 1975, 14 ILM 1992, p. 1292.

¹⁴ Conference on Security and Co-Operation in Europe Final Act of 1 August 1975, pp. 28-29.

¹⁵ Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano Convention of 21 June 1993, ETS 150.

made things.¹⁶ In particular, Article 2(1)(a) of Directive 2003/4/EC¹⁷ which implements the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters¹⁸ (Parola 2017) comprises as environmental elements air, atmosphere, water, soil, land, landscape, natural sites, biological diversity and its components, including genetically modified organisms, and the interaction among these elements. Several Directives do not provide for a definition of the environment, but list for example humans and the environment next to one another and thereby imply at least that the environment does not comprise humans but might include man-made things.¹⁹

Hence, several documents at the European level provide a wide definition of the environment which seems to include natural resources and sometimes human beings, man-made things or all of the above.

¹⁶ Listing “water, air and land and their inter-relationships as well as between them and any living organism” Article 2(1)(c) Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to the Classification, Packaging and Labeling of Dangerous Substances, OJ 1967, L 196/1; Article 2(12) of Council Directive 91/414/EEC of 15 July 1991 Concerning the Placing of Plant Protection Products on the Market, OJ 1991, L 230/1; another example for a wider definition not including man-made things is to define the environment to be the natural surroundings of or the complex of external factors that acts upon an organism, an ecological community, or plant and animal life in general, Allen, 2000, p. 465.

¹⁷ Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Public Access to Environmental Information and Repealing Council Directive 90/313/EEC, OJ 2003, L 41/26.

¹⁸ See Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Participants, June 25, 1998, 38 I.L.M. 517 (1999), *entered into force* Oct. 30, 2001. See in particular about global level: Parola, 2013a, Wates, 2005, p. 393.

¹⁹ Preamble 6 of Directive 1999/45/EC of the European Parliament and of the Council of 31 May 1999 Concerning the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Relating to the Classification, Packaging and Labelling of Dangerous Preparations, OJ 1999, L 200/1; Article 1 of Council Directive 1999/32/EC of 26 April 1999 Relating to a Reduction in the Sulphur Content of Certain Liquid Fuels and Amending Directive 93/12/EEC, OJ 1999, L 121/13; Article 1 of Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council of 12 March 2001 on the Deliberate Release into the Environment of Genetically Modified Organisms and Repealing Council Directive 90/220/EEC, OJ 2001, L 106/1; Article 6(5) of Directive 2000/76/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2000 on the Incineration of Waste, OJ 2000, L 332/91; Article 1(7) of Commission Directive 2001/59/EC of 6 August 2001 Adapting to Technical Progress for the 28th time Council Directive 67/548/EEC on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to the Classification, Packaging and Labelling of Dangerous Substances, OJ 2001, L 225/1; Article 4(2) of Council Directive 2002/55/EC of 13 June 2002 on the Marketing of Vegetable Seed, OJ 2002, L 193/33; Article 1(a) of Directive 2009/41/EC of the European Parliament and of The Council of 6 May 2009 on the Contained Use of Genetically Modified Micro-Organisms, OJ 2009, L 125/75; Article 1(1) of Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of The Council of 21 May 2008 On Ambient Air Quality and Cleaner Air for Europe, OJ 2008, L 152/1.

2.2 Narrow definition of “Environment”

Some of the definitions of the environment found at the European level are narrow, however. A narrow definition will only include natural resources but exclude man-made things and human beings.

For the European Environment Agency,²⁰ which periodically assesses the state of the European environment, the definition of the European environment in these reports is a cluster of environmental issues, such as quality of air, water and soil. Of course this approach is limited and narrow because it takes into account only the indicators and not the complexity of this concept.

Examples of definitions representing a narrow approach are less frequent. Other examples of a narrow definition are found in the Habitats Directive of 1992 which only comprises habitats and wild fauna and flora²¹ and the Wild Birds Directive of 1979 which only comprises wild birds.²² A narrow definition is also found in several other directives. Again, they do not expressly define the environment but from listing the environment next to man-made things, humans or other elements it can at least be concluded what the environment does not comprise. For instance, some directives list humans and animals and the environment.²³ They, hence, seem to exclude humans and animals from the ambit of the environment. Even though the definitions only including natural resources are narrower than the ones above, their importance is not to be underestimated especially due to the above-shown wide range of occurrences falling under the term natural resources.

Thus, the narrow definitions that only comprise natural resources also have a wide scope of application. It is also possible to identify several definitions at the European level. For example, a text of the Council of the European Community includes “*water,*

²⁰ See for example EEA: Environment in the European Union at the Turn of the Century, Copenhagen 1999.

²¹ Preambular 1 of Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora Official Journal 1992, L 206/7.

²² Council Directive 79/409/EEC of 2 April 1979 on the Conservation of Wild Birds Official Journal 1979, L 103/1.

²³ Article 2(1)(b) of Directive 98/8/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 Concerning the Placing of Biocidal Products on the market, OJ 1998, L 123/ 1; Preambular 6 Directive 2000/16/EC of the European Parliament and the Council of 10 April 2000 amending Council Directive 79/373/EEC on the Marketing of Compound Feedingstuffs and Council Directive 96/25/EC on the Circulation of Feed Materials, OJ 2000, L 105/36; Article 6 of Directive 2002/32/EC of the European Parliament and of the Council of 7 May 2002 on Undesirable Substances in Animal Feed, OJ 2002, L 140/10

*air and land and their inter-relationship as well as relationships between them and any living organism”.*²⁴

The term “environment” could be said to cover “*all those elements which in their complex inter-relationships form the framework, setting and living conditions for mankind, by their very existence of by virtue of their impact*”.²⁵

The EU Treaty indicates, without expressly interpreting the term, in conformity with Article 191 (1) and (2), that the shape of the environment extends to human beings, natural resources, land use, town and country planning, waste and water. Thus, in principle this includes almost all areas of the environment, in particular fauna and flora and climate. The inclusion of town and country planning underlines the fact that the environment includes man-made as well as natural elements.²⁶

3 ANTHROPOCENTRIC AND ECOCENTRIC CHARACTER OF ENVIRONMENT IN EUROPE

The Environment mainly has an anthropocentric character in Europe, so that the focus is on protecting the health of humans rather than protecting the environment for its own sake (Parola, 2013a). This can be seen for instance in the Habitats Directive, in which the destruction of a habitat for development is provided for, so long as certain procedural

²⁴ Council Directive of June 27, 1967, 1967 O.J.; See: Kiss, & Shelton, 2000.

²⁵ EEC, OJ C 115, May 1976, p. 2.

²⁶ Thornton, & Beckwith, 2004, p. 1. Other definitions that encompass the link between the environmental elements are provided in Directives which keep out man-made things. Listing “water, air and land and their inter-relationships as well as between them and any living organism” Article 2(1)(c) Council Directive 67/548/EEC of 27 June 1967 on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to the Classification, Packaging and Labeling of Dangerous Substances, OJ 1967, L 196/1; Article 2 (12) of Council Directive 91/414/EEC of 15 July 1991 Concerning the Placing of Plant Protection Products on the Market, OJ 1991, L 230/1; another example for a wider definition not including man-made things is to define the environment to be the natural surroundings of or the complex of external factors that acts upon an organism, an ecological community, or plant and animal life in general, Allen, 2000, p. 465. In particular, Article 2(1)(a) of Directive 2003/4/EC (Directive 2003/4/EC of the European Parliament And Of The Council of 28 January 2003 On Public Access to Environmental Information and Repealing Council Directive 90/313/EEC, OJ 2003, L 41/26) which implements the Aarhus Convention comprises as environmental elements air, atmosphere, water, soil, land, landscape, natural sites, biological diversity and its components, including genetically modified organisms, and the interaction among these elements.

requirements are fulfilled. The anthropocentric orientation of EU environmental law and its practical expression in legal instruments implicitly reject ecological thought.²⁷

Nevertheless, this strong statement should be moderated, because on several occasions the EU has led action in certain fields which entail a more ecocentric and global approach.

An example can be found concerning the Animal welfare which was introduced in a Protocol annexed to the TEC by the Amsterdam Treaty.

The Lisbon Treaty has amended the existing wording of the Protocol and added the amended Treaty (Article 13). The changes brought by the Treaty to the existing text include references to fisheries, technological development and space policies, and in particular, the classification of animals as “*sentient beings*”²⁸. Recognising “*animals as sentient*” is symbolically important and may also have potential legal and policy implications. Both EU institutions and Member States “consequently have to pay full regard to animal welfare in formulating and implementing policy in these sectors” (Benson, & Jordan, 2008, p. 283).²⁹

Another important example is the action in the fight against Climate Change which demonstrates how the EU also pursues ecological objectives. During the negotiation of the Constitutional Treaty, Climate Change was not such a “hot topic” (Lee, 2008, p. 133) but it has become a new objective in the Lisbon Treaty. This adds proof to the EU’s awareness of that topic as a “global environmental problem”, which has to be resorted to at the global level; but reaffirms that concrete action has to be undertaken also at regional and national levels.

This Article can be linked also to the provisions relating to “Energy policy” (Corazza, 2009) as contained in the Article 194. The reasons for the link are: firstly,

²⁷ McGillivray, & Holder, 2001, p. 143. Ecocentric approach which originally comes from the first and ancestral relations between Nature and man and which is still present in some religious and philosophical views around the world, gives a different concept to the “Environment”, one in which all organic existence in a single framework is united in harmonious interaction: Parola, 2013a.

²⁸ Article 13 “In formulating and implementing the Union’s agriculture, fisheries, transport, internal market, research and technological development and space policies, the Union and the Member States shall, since animals are sentient beings, pay full regard to the welfare requirements of animals, while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural traditions and regional heritage”.

²⁹ See also Camm, & Bowles, 2000, p. 195.

scientific and technological advance and the aim to “promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy”, and secondly, because all of the objectives of energy policy should be pursued “with regard for the need to preserve and improve the environment” (Lee, 2008, p. 131).

In addition, it is interesting to note that the European Corte of Justice (ECJ) places huge importance on the relationship between environmental quality and human health; but also numerous decisions in which the Court in a situation of conflict between natural resources and other interests decided in favour of the environment exist, following an ecocentric approach. For example, *Lappel Bank* outlined that the Wild Birds Directive accords special protection to species which constitute “a common heritage of the Community”.³⁰ Moreover, in two landmark decisions the Court explicitly ruled that environmental legislation designed to protect human health and the environment should be interpreted as creating rights and obligations for individuals vis-à-vis the environment.³¹

Thus, it should be underlined that, in particular, regarding the legislation on the protection of animals and habitats, this ecocentric approach has largely been ensured over the last twenty-five years through the jurisprudence of the ECJ,³² which “fine-tuned the rather rudimental provisions of EU legislation, generally trying to protect the environment against the greed of administrations or economic operators” (Krämer, 2009, p. 195).

In conclusion, the approach to the environment by Community Law is in principle anthropocentric; however, some grains of the ecocentric approach have entered into EU environmental law provisions, in particular by ECJ jurisprudence.

4 PROTECTION OF ENVIRONMENT IN THE TREATY

The Treaty of Rome, which in 1957 created what was then the European Economic Community (EEC), did not contain any reference to the environment. At that

³⁰ Case C- 44/95, R. v. Secretary of State for the Environment, (1996) ECH I-3805.

³¹ Case C-361/88, Commission v. Germany [1991] ECR I- 256; Commission v. Germany [1991] ECR I-825,7.

³² See for instance: ECJ Case 272/80, Biologische Produkteten (1981) ECR 3277; Case 412/85, Commission v. Germany (1987) ECR 3503; Case C-322/86, Commission v. Italy (1988) ECR I-3995; Case C-355/90, Commission v. Spain (1993) ECR I-4221; Case C- 365/97, Commission v. Italy (1997) ECR I-7773.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

time, the main scope of such Treaties was to establish functionally integrated markets in order to attain economic benefits.³³

Nevertheless, with the forceful support of the European Court of Justice starting decades ago, environmental protection has been elevated from a “position of neglect” to one of the “essential objectives” of the European Union.³⁴ In fact, it became clear that the creation of a common market and the development of economic growth could not be achieved without a policy for the environment and without an environmentally friendly orientation.

The first official mention of environmental protection came in a declaration made in October 1972 where the Heads of the Member States clearly expressed the political will to protect the environment:

Economic expansion is not an end in itself: its firm aim should be to enable disparities in living conditions to be reduced. It should result in an improvement in the quality of life as well as in standards of living. As befits the genius of Europe, particular attention will be given to intangible values and to protecting the environment, so that progress may really be put at the service of mankind.³⁵

This was followed by the First Action Programme on the Environment in 1973.³⁶ This Programme made the attempt to articulate a single environment policy for the EEC

³³ Indeed the original aim of the EEC was one of economic integration rather than protection of human rights or the environment. The legal regime of the European Union operates within three pillars. The first pillar, established by the Treaty of Rome (with subsequent amendments) organizes the European Community and addresses the economic objectives of the Community as well as social and environmental issues. The second pillar is the Common Foreign and Security Policy established under the Treaty of the European Union from 1992 (Maastricht Treaty). The third pillar addresses police and judicial cooperation in criminal matters. See EUROPA, *The E.U. at a glance, Treaties and Law*, available at www.europa.eu/abc/treaties/index_en.htm.

³⁴ Which the relevant directive ‘must be seen in the perspective of’, *ADBHU*, Case 240/83 para. 13. We see here the use of the general goals of the EU in the interpretation of secondary legislation. See *inter alia* Jacobs, 2006, p. 185.

³⁵ See E.C. Commission, 6th General Report (1972) p. 8: see also Shelton, 1993, p. 557.

³⁶ There have been seven such programmes since 1973, the first four converging periods of four or five years. 1st Environmental Action Programme, 1973-1976 (1973) OJ C112; 2nd Environmental Action Programme, 1977-1981 (1977) OJ C 139; 3rd Environmental Action Programme, 1982-1986 (1981) OJ C46; 4th Environmental Action Programme, 1987-1992 (1987) OJ C328; 5th Environmental Action Programme 1993-2001 (1993) OJ C138; 6th Environmental Action Programme, 2002-2012 (2002) OJ L242/1. 7th Environmental Action Programme to 2020.

The 1st Action Programme set out 11 “Principle of a Community Environmental Policy” that continued to be supported in subsequent Programmes. These may be summarised as follows: (1) Pollution should be prevented at source rather than dealt with after the event; (2) Environmental issues must be taken into

and it establishes two main principles still in use, the Polluter Pays Principle and the Preventive Action Principle (Collins, 2006, p. 98). Since then, Six further Action Programmes have been produced and the current 7th Programme, entered into force in January 2014, is the more ambitious³⁷. In order to give more long-term direction it sets out a vision beyond that, of where it wants the Union to be by 2050:

In 2050, we live well, within the planet's ecological limits. Our prosperity and healthy environment stem from an innovative, circular economy where nothing is wasted and where natural resources are managed sustainably, and biodiversity is protected, valued and restored in ways that enhance our society's resilience. Our low-carbon growth has long been decoupled from resource use, setting the pace for a safe and sustainable global society³⁸ (Endl & Berger 2014; Halmaghi, 2016).

The awareness *vis-à-vis* the environment, as it will be seen, has been reflected gradually also in the Treaties. In fact, environmental protection was promoted to the level of the main objectives provisions of the EU Treaty by the Treaty of Maastricht, while the

account at the earliest possible stage in planning and other technical decision making processes; (3) Abusive exploitation of natural resources is to be avoided; (4) the standard of knowledge in the EC should be improved to promote effective action for environmental conservation and improvement; (5) the polluter should pay for preventing and eliminating nuisances, subject to limited exceptions and transitional arrangements; (6) Activities in one country should not degrade the environment of another; (7) The EC and the Member States must in their environment policies have regard to the interests of developing countries and should aim to prevent or minimise any adverse effects on their economic development; (8) There should be a clearly defined long-term European environmental policy that includes participation in international organisations and co-operation at both regional and international levels; (9) Environmental protection is a matter for everyone in the EC, at all levels; their co-operation, and the harnessing of social forces, is necessary for success. Education should ensure the whole community accepts its responsibilities for future generations; (10) Appropriate action levels must be established -local, regional, optional Community and international – for each type of pollution and area to be protected; (11) Major aspects of national environmental protection policies should be harmonised. Economic growth should not be view for purely quantities aspects.

³⁷ Environmental Action Programmes set the framework for future action for all areas of environmental policy. These are integrated into horizontal strategies and are taken into account in international environmental negotiations.

European Parliament and the Council of the European Union, 2013. Decision No 1386/2013/ on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet'. Official Journal of the European Union L 354/171 of 20 November 2013.

³⁸ It identifies three key objectives: 1) to protect, conserve and enhance the Union's **natural capital** 2) to turn the Union into a **resource-efficient**, green, and competitive low-carbon **economy** 3) to **safeguard** the Union's citizens from **environment-related pressures** and risks to health and wellbeing. Four so called "enablers" will help Europe deliver on these goals: 1) better **implementation** of legislation; 2) better **information** by improving the knowledge base; 3) more and wiser **investment** for environment and climate policy 4) full **integration** of environmental requirements and considerations into other policies.

Two additional horizontal priority objectives complete the programme: 1) to **make** the Union's **cities more sustainable**; 2) to help the Union **address international environmental and climate challenges more effectively**.

Amsterdam Treaty recognised environmental protection as an independent goal, rather than an incidental requirement of economic growth (Craig, & De Burca, 2008, p. 21).

Since then environmental protection has been a central issue in the EU, and so many huge steps on environmental regulations and policies have been made that the EU has been considered a largely successful experiment in regional environmental governance since the EU is “one of the world’s most advanced examples of international cooperation’ in the realm of environment and beyond”.³⁹

4.1 Single European Act

Although, until 1986, there was not an explicit Treaty basis for environmental action, with the fundamental support of the European Corte of Justice, the Commission and Council used Article 115 (ex 94) and 352 (ex 308) as a legal basis to develop a body of environmental legislation.⁴⁰

The first Article provides for the approximation of Member State laws that directly affect the establishment or functioning of the common market and was the principal instrument for environmental regulation; former Article 352 provides for action necessary to attain, in the course of the operation of the common market, one of the objectives of the Community, where the Treaty itself has not provided for the necessary powers. This approach to environmental policy is explained by the idea that during that period this policy was instrumental to the market (McGillivray, & Holder, 2001, p. 139).

The protection of the environment was settled by an autonomous Community action: the Single European Act (SEA) of 1986, by which three new Articles (Articles 130r, 130s and 130t) setting out the basic principles of Community action on the

³⁹ In addition to leading by example, the EU has also intentionally undertaken the project of actively promoting sustainable development and environmental protection at the international level, through such mechanisms as capacity building in developing countries, the conclusion of multilateral environmental treaties, and other forms of international diplomacy. See generally Commission Communication External Action of 16 February 2006, Thematic Programme for Environment and Sustainable Management of Natural Resources including Energy, COM(2006) 20, available at eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0070en01.pdf. See also: Collins, 2007b, pp. 323-324; Smith, 2002, p. 241. “The EU has accorded preeminent importance to environmental protection, EU environmental law and policy has grown exponentially, and Europe has become an acknowledged world leader in sustainable development and also now in climate change politically, the EU has seen itself as a leader in this area. Climate change is perceived as an issue with great popular resonance, where the EU wishes to be seen to provide something obviously valuable beyond what the Member States can provide”. See Somsen, 2002.

⁴⁰ Case 92/79 Commission v. Italy (1980) ECJ 1115; Case 240/83 Procureur de la République v. Association de défense des Bruleurs d'huiles Usagées (1983) ECR 531.

environment, were introduced. The SEA codified the status quo on decision-making in the environmental arena by providing an explicit legal base for environmental protection.

The fundamental principles which control Community environmental policy are: firstly, a principle of incorporation, according to which the policy of the Community in every field of its competence must be shaped after the assessment of the requirements for the protection of the environment.

Secondly, there is the principle of subsidiarity⁴¹ which, and in combination with, the possibility of the Member States to depart from the Community rules and regulations, gives “precedence to national legislation over community law of the environment and hinder(s) the latter’s development to a full legislative system with harmonised and homogenous application throughout the EU” (Karakostras, 2008, p. 12).

The provisions offered not just a legal basis for the enforcement of measures by Community institutions, but they also included the fundamental principles which control their acts. These principles do not have the character of a guideline or of a general declaration of intent, but are fully legally binding. In other words, the acts of the Community institutions and of the Member States must be in compliance with them.

The environmental provisions inserted in the EU Treaty through the SEA have since been renumbered and amended by the Maastricht, Amsterdam and Nice Treaties (Pedersen, 2010). After the Maastricht Treaty, the Community ceased to have an economic-only orientation and was transformed into a multidimensional institution with wider powers to interfere with the legal orders of the Member States also in the environmental field.

This treaty enlarged, improved and integrated, for the first time explicitly, environmental protection in the principles and objectives of the Community in Articles 2 and 3 of the EU Treaty. The amended former Article 130 of the SEA elevated the Community’s environmental action to Community policy. In other words, environmental protection is not just a component of other Community policies, but it “*must be integrated into the definition and implementation of the other Community policies*”. Moreover, it is

⁴¹ In this topic, among others, Estella De Noriega, 2002.

explicitly provided that the competent institutions for the implementation of Community environmental policy should aim at a high level of protection.

4.2 The Treaty of Amsterdam

The few changes brought by the Treaty of Amsterdam were in agreement with the proposal to broaden the Community activities for the environment. Here for the first time environmental protection is elevated to a Community objective independent of economic development and growth and it is established as a general imperative that permeates the whole range of Community Action (Karakostras, 2008, p. 15). Indeed, Article 2 of the Treaty of Amsterdam:

sets forth the objectives of the Union, including those of achieving balanced and sustainable development, strengthening the protection of the rights and interests of the EU nationals and maintaining and developing the Union as an area of freedom, security and justice.

Thus, the Treaty of Amsterdam has altered the objectives of the Community, making the promotion of the core environmental concept of “sustainable development” a central objective in the revised Treaty. What is important for the current purpose is that such a principle includes an inter- and intra-generational element, e.g. the main idea of the responsibilities vis-à-vis future generations. The inclusion of the mentioned principle has been seen “as a response to the Member States adopting sustainable development as a guiding principle in national legislation and policy documents, thereby discharging their obligations under international law” (McGillivray, & Holder, 2001, p. 148).

Finally, the Treaty introduced the environmental policy Integration Principle. This commitment was implemented by the Cardiff Process, launched by the heads of government in 1998, and it also underpins the Sixth Environmental Action Programme (Benson, & Jordan, 2008, p. 283).

Hence, the principle of integration is reinforced with its codification in Article 6, which states that environmental protection requirements must be integrated into the definition and implication of Community policies and activities referred to in Article 3, in particular with a view to promoting sustainable development.

Article 191 determines the objectives that Community policies on the environment shall pursue, and it reaffirms that such policies shall aim at a high level of protection

taking into account the diversity of situations in the various regions of the Community, listing the principles on which it shall be based (Kiss, 2008, p. 166).

4.3 The Lisbon Treaty

The Lisbon Treaty did not have a prominent “green agenda” and largely maintains the *status quo* in its explicit environmental provisions. Nevertheless, it has been said that the Treaty has introduced “some limited”, but “potentially broad ranging modifications to the environmental rules of the game” in the EU” (Benson, & Jordan, 2008, p. 280).

The principles and objectives of environmental policy remain “virtually” the same (Lee, 2008, p. 131). Indeed, the provisions containing environmental content have not changed the terminology of the objective concerning environmental protection, namely that of achieving “*a high level of protection and improvement of the quality of the environment*” (Article 3(3) TEU). Then, the Lisbon Treaty includes the environmental provisions in former Articles 174 to 176 of the TEC establishing the legal basis for environmental legislation in Articles 191 to 193 of the Consolidation Treaty EU. However, the environmental title in the treaty has been amended to specifically include the aim of combating climate change as one of the EC’s objectives.⁴²

Article 191 of the Consolidated Treaty presents the objectives of the Union policy on environment stating that:

Union policy on the environment shall contribute to pursuit of the following objectives: preserving, protecting and improving the quality of the environment; protecting human health; prudent and rational utilisation of natural resources; promoting measures at international level to deal with regional or worldwide environmental problems, and in particular combating climate change.

Concerning Sustainable Development, the Treaty introduces a new definition which is based closely on the wording of the Constitution and which amends Article 3 of the Treaty⁴³. The sentence added that to “*promote scientific and technological*

⁴² The Art. 191(1) TFEU as amended, (formerly 174(1)) now states: “Union policy on the environment shall contribute to pursuit of the following objectives: —preserving, protecting and improving the quality of the environment, —protecting human health, —prudent and rational utilisation of natural resources, —promoting measures at international level to deal with regional or with regional or worldwide environmental problems, and in particular combating climate change”.

⁴³ The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy,

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

advance” has to be read in accordance with the principle of Sustainable Development. This means that scientific and technological advances have to promote⁴⁴ Sustainable Development, identified as being achievable through meeting several new goals related to aspects of the internal market,⁴⁵ including raising living standards and the quality of life.

Moreover, amongst other core objectives of the EU, Article 3 also establishes that the Union shall in its dealings with the wider world “*contribute to peace, security and the sustainable development of the Earth. Finally the pursuit of Sustainable Development would become a specific policy goal in the external relations of the EU*”.

In the Treaty of Lisbon, some provisions could be also interpreted in an environmental light and they could even have a big impact in the environmental field. In this context, the most important provision is Article 11, which provided for participative democracy by ensuring the right of public participation and citizens’ initiatives⁴⁶. It

aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.

⁴⁴ Sustainable development is also an element of Article 3(5) on external matters: “In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter”. Lee, 2008, p. 133.

⁴⁵ For instance, “price stability”, “highly competitive social market economy and “full complement”.

⁴⁶ It is interesting to note that as of June 2007, the 18 European Citizens Initiatives that have been launched (Available at www.citizens-initiative.eu) have enjoyed great popularity on the home-pages and the online signature forms. Eleven of the sixteen were proposed by NGOs including well-known organisations like Greenpeace and Friends of the Earth. Unfortunately, none have been launched by individuals (Fischer, & Lichtblau, 2008, p. 333). The topic of the initiatives concerned different issues: EU-organisation/political process, economics, health care/social issues and environment protection, in particular addressing the problems related to nuclear power and genetic food.

The most important and interesting for this study was the initiative “1 million Europeans against Nuclear Power”, supported by numerous NGOs which joined the initiative at different points in time. During the course of the constitutional debate in 2003, several smaller antinuclear organisations, like Atomstopp, became aware of the possibility of the European Citizens Initiatives. Consequently, at a French anti-nuclear demonstration in January 2004, the decision was made to make use of this new instrument as a political means for the struggle against nuclear energy, and the internet was selected as the main medium of communication.

In July 2005, Friends of the Earth and other smaller NGOs decided to support the initiative. Unfortunately, only 634,686 Europeans have signed against nuclear energy. The campaign failed principally for two reasons. Firstly, due to considerable problems in the procedure: in fact, each organisation has a different deadline for decisions. Secondly, other campaigns already have top priority, such as climate change, which has become a popular topic, and so the topic of nuclear power is losing attraction for NGOs. Available at www.million-against-nuclear.net/. See also Lorenz, 2007; Egger, 2007.

should be said that for environmental purposes this instrument is welcomed, although there is a risk of manipulation by the elites, and of deepening divisions between different parts of the Union,⁴⁷ and there are many elements that need to be clarified.

The Treaty talks about “a million signatures” without specifying whether it requires signatures to come from a minimum number of countries or a minimum number per country involved, or the requirements for their collection, verification and authentication. It also does not define the meaning of the Commission being “invited” to make a proposal. Is it obliged to draw up a proposal or is it only invited to consider it? The Commission has prepared a Green paper where it proposes answers to these questions, recognising the Commission’s responsibility to present conclusions and propose measures accordingly (Clientearth, 2009).

Among the implicit changes, there is also an amendment of Article 6: the new EU Charter of fundamental rights, signed 12 December 2007, become by reference binding in the same way as the treaty.⁴⁸ Secondly, the European Union shall accede to the European Convention on Human Rights.⁴⁹

Concerning the first novelty, the Charter, through the Lisbon Treaty, would become a legally binding instrument⁵⁰ in particular its Article 37, under Title IV Solidarity, which states that “*a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development*”.

⁴⁷ “At this level, participation is likely to be restricted to organised pan-European interest groups; the contribution of ‘participation’ to ‘democracy’ in any familiar sense is by no means automatic”. See Lee, 2008, p. 131.

⁴⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Dec. 14, 2007, 1007 O.J. (C 303) 1. The Charter represents a mixture of civil, political as well as economic, social, and cultural rights. See Butler, & De Schutter, 2008, p. 277.

⁴⁹ Relating to the binding character of the Charter, it has to be noticed that England and Poland have opted out. See Protocol on the application of the charter of fundamental rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom.

⁵⁰ However, concerning the binding character of the Charter, it has to be noticed that England and Poland have opt-outs. See: Protocol on the application of the Charter of Fundamental rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom. Available at www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0156:0157:EN:PDF. The reason England negotiated this, was to avoid major changes in their labour law; Poland was mostly concerned about but the possible equal treatment of homosexual and heterosexual couples.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

This wording of the Article reflects and combines the provisions already present in the environmental chapter.⁵¹ The exact boundaries of the interpretation of this Article will have to be set by case-law. Nevertheless, as will be dealt with below, the inclusion of the principle of a high level of environmental protection, per se, does not give citizens ‘a right’ to a clean environment or the right to claim positive action in courts by the EU Institutions or Member States.⁵²

Regarding the European Convention on Human Rights,⁵³ after a long discussion over the possibility of accession, finally with the entering into the force of the Lisbon Treaty the EU has become a party to the Convention.⁵⁴ Accession to the European Convention Human Rights means that the EU and its institutions will be accountable to the European Court of Human Rights for issues concerning the Convention. In other words, the EU institutions would be directly subject to the Convention and to the jurisprudence of European Courts which would be able to directly apply the Convention as part of EU law. Nevertheless, the Treaty of Lisbon and its Protocols state that accession to the Convention will not affect the EU’s competences and that provision will be made for preserving the specific characteristics of the EU and EU law.

In conclusion, it may be said that through the explicit and implicit environmental provisions in the Treaty, the institutions of the EU have generated a vast amount of legislation relating to the environment.

⁵¹ Indeed, Article 191 (2) requires the Union policy on environment to aim at a high level of protection. However the Charter Article is broader since it covers all Union policies.

⁵² How NGOs have suggested that provision “serve as a basis for a demand of a judicial review of legislative acts/omissions in cases where the EU Institutions or Member States would have manifestly breached their margin of discretion”. See Clientearth, 2009.

⁵³ The European Convention on Human Rights (ECHR) is an international treaty which was signed on 4 November 1950 in Rome under the auspices of the Council of Europe. It sets out a number of fundamental rights. To date, 47 countries across the European continent have ratified this convention, including all 27 EU countries. Available at www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/guide_to_treaty_of_lisbon.pdf#17.

⁵⁴ The long discussion over how to effectively protect fundamental rights in the EU had, inevitably, led to the consideration of a possible accession by the EU to the ECHR, as a way of creating an “international supplementary constitution” of the EU or, as the ECJ, put it in *Rutili* (ECJ, Case C-36/75, *Roland Rutili v. Ministre de l’Intérieur*, 28 October 1975. (Uerpmann-Witzack, 2006) a source of “guidelines which should be followed within the framework of Community Law”. But this possibility of an accession by the EU to the ECHR was for long time expressly ruled out by the ECJ in its (Opinion 2/94) and by the Treaties.

5 CONCLUSION

This article has analysed the relationship between “Europe” and “Environment” and in particular the notion “Environment”, which can be found in the European context, that can be divided into wide and narrow definitions. Broad definitions comprise natural resources and human beings, man-made things or both, while the narrow one only comprises natural resources. However, broad definitions of the environment seem to be more common. Furthermore, the European notion of “Environment” has mainly an anthropocentric character, focusing on protection of human health rather than on protection of the environment for its own sake. This can be seen for instance in the Habitats Directive, in which the destruction of a habitat for development is provided for, so long as certain procedural requirements are fulfilled. Nevertheless, this strong anthropocentric orientation should be reduced with the increase of EU actions in certain fields which entail a more ecocentric approach, for instance Climate Change; and also, some traces of the ecocentric approaches have entered into EU environmental law provisions, in particular through ECJ jurisprudence.

In conclusion it possible to affirm, the EU has developed, during its history, a number of steps towards “greenisation” of its governance, nevertheless more green steps are always welcome in particular because the Europe are still far to live within the planet’s ecological limits.

6 REFERENCES

ALLEN, R. (2000). *The New Penguin English Dictionary*. London, Penguin.

BENSON, D., & JORDAN, A. (2008). A Grand Bargain or an Incomplete Contract? European Union Environmental Policy after the Lisbon Treaty. *European Energy and environmental Law Review*, 280.

BUTLER, J., & DE SCHUTTER, O. (2008). Binding the Eu to International Human Rights Law. *Yearbook of European Law*, 277.

CAMM, T., & BOWLES, D. (2000). Animal welfare and the Treaty of Rome – a legal analysis on the Protocol on Animal Welfare and welfare standards in the European Union. *Journal of Environmental Law*, 195.

CANO, G. J. (1975). *A Legal and Institutional Framework for Natural Resources Management*. FAO Legislative Studies, Rome, 9, 1.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

CARANTA, R., & GERBRANDY, A., & MÜLLER, B., (2017) *The Making of a New European Legal Culture: the Aarhus Convention, At the Crossroad of Comparative Law and EU Law*, Europa Law Publishing, Groningen

CLIENTEARTH (2009). *The impact of the Lisbon Treaty - an environmental perspective*. Available at www.clientearth.org/.

COLLINS, L. (2007). *Environmental Rights for the Future? Intergenerational Equity in the EU*. *Review of European Community and International Environmental Law*, 16, 321.

COMTE, F. (2006). *Environmental Crime and the Police in Europe: A Panorama and Possible Paths for Future Action*. *European Environmental Law Review*, 190.

CORAZZA, C. (2009). *EcoEuropa, Le nuove politiche per l'energia e il clima*. Milano, Egea.

CRAIG, P., & De BURCA, G. (2008). *EU Law. Text, cases and materials*. Oxford, Oxford University Press.

EGGER, R. (2007). *Press Officer Atomstopp – Initiative “1 Million against Nuclear Power”*, June 28.

ENDL, A., BERGER, G., (2014). *The 7th Environment Action Programme: Reflections on sustainable development and environmental policy integration* ESDN Quarterly Report 32 – March 2014

ENDL, A., BERGER, G., SEDLACKO, M., (2012). *Renewing the commitment for SD: Stock-taking of international and European SD objectives and goals pre-Rio+20*, ESDN Quarterly Report March 2012. http://www.sd-network.eu/?k=quarterly%20reports&report_id=24;

ESTELLA DE NORIEGA, A. (2002). *The EU Principle of Subsidiary and its Critique*. Oxford, Oxford University Press.

FISCHER, C., & LICHTBLAU, T. (2008). *European Citizens' Initiative – interim results*. In: J. W. Pichler (Ed.), *We Change Europe, The European Initiative- Art. 8b(4) Treaty of Lisbon* (p. 333). Vienne, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag.

HALMAGHI, E.E (2016). *Environmental Action Programmes of the European Union – Programmes supporting the Sustainable Development Strategy of the European Union*, B U L E T I N Ş T I I N Ţ I F I C, Nr. 2 (42) 2016, p. 87.

JACOBS, F. (2006). *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*. *Journal of Environmental Law*, 18, 185.

KARAKOSTRAS, I. K. (2008). *Greek and European Environmental law*. Athens, Bruylant.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

KISS, A. (2008). Does the European Charter of Fundamental Rights and Freedoms Guarantee a Right to Environment. In: A. Postiglione (Ed.), *The role of the judiciary in the implementation and enforcement of environmental law* (p. 161). Brussels, Bruylant.

KISS, A., & Shelton, D. (2000). *International Environmental Law*. New York, Transnational Publishers Inc., U.S.

KRÄMER L. (2006). Thirty Years of Environmental Governance in the European Union. In: R. Macrony (Ed.), *Reflection on 30 Years of EU Environmental Law* (p. 555). Groningen, Europa Law Publishing.

KRÄMER L. (2009). Environmental Justice in the European Court of Justice. In: J. Ebbesson and Okowa P. (Eds.), *Environmental law and Justice in the Context* (p. 195). Cambridge, Cambridge University Press.

LEE, M. (2008). The Environmental Implications of the Lisbon Treaty. *Environmental Law Review*, 10, 131.

LORENZ, P. (2007). Press officer Global 2000 – Initiative “1 Million against Nuclear Power. June 26.

MCGILLIVRAY, D., & HOLDER, J. (2001). Locating EC Environmental Law. *Yearbook of European Law*, 139

PAROLA, G. (2013a). *Environmental Democracy at Global Level*. London: Versita

PAROLA, G. (2013b). *Europe in Green*. London. Versita

PAROLA, G. (2015). *Participatory Rights in the Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective*, Berlin, Duncker & Humblot

PAROLA, G. (2016). *Democracia Ambiental na América Latina: uma abordagem comparada*. Rio de Janeiro, Multifoco

PAROLA, G. (2017). The Aarhus Convention – The Legal Cultural Picture. Country report for France In: Caranta, R. Gerbrandy, A., Müller, B., *The Making of a New European Legal Culture: the Aarhus Convention, At the Crossroad of Comparative Law and EU Law*, Europa Law Publishing, Groningen

PEDERSEN, O. W. (2010). European Environmental Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming?. Available at www.ssrn.com/abstract=1122289.

ROSENNE, S. (1986). *Exploitation and Protection of the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf*. Yacht Brokers Association of America, 63.

SCHRIJVER, N. (1995). *Sovereignty Over Natural Resources – Balancing Rights and Duties in an Independent World*. Groningen, Europa Law Publishing.

SHELTON, D. (1993). Environmental Rights in the European Community. *Hastings International and Comparative Law Review*, 557.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

SKINNER, J.B. (1988). *Earth Resources*. New Jersey, Prentice Hall. 1

SMITH, G. (2002). The European Union's Commitment to Sustainable Development: Is the Commitment Symbolic or Substantive in the Context of Transport Policy. *Columbia Journal International Environmental Law and Policy*, 241.

SOMSEN, H. (2002). Editor's Preface. *Yearbook of European Environmental Law*, 1.

THORNTON, J., & Beckwith, S. (2004). *Environmental Law*. London, Sweet & Maxwell.

WATES, J. (2005). The Aarhus Convention: a new instrument Promoting Environmental Democracy. In: M.-C Cordonier Segger, & C.G. Weeramantry (Eds.), *Sustainable Justice: Reconciling Economic, Social and Environmental Law* (p. 393). London, Martinus Nijhoff.

Submetido a convite

**ENVIRONMENTAL CATASTROPHES LAW AND LITERATURE:
MAURICE BLANCHOT'S THE WRITING OF THE DISASTER****DIREITO E LITERATURA DAS CATÁSTROFES AMBIENTAIS: A
ESCRITURA DO DESASTRE DE MAURICE BLANCHOT**Leonardo Mattietto¹**ABSTRACT**

Based on *The Writing of the Disaster*, by Maurice Blanchot, this paper proposes connections between this philosophical literary work and the panorama of the law regarding major environmental disasters.

The dense imagery of Blanchot's thought allows us to reflect on the need to get a better knowledge of catastrophes in order to structure appropriate responses to these unfortunate events that happen repeatedly

KEYWORDS

Disaster law. Environmental disasters. Law and literature. Maurice Blanchot.

RESUMO

A partir da leitura do livro *A Escritura do Desastre*, de Maurice Blanchot, o autor propõe conexões entre este texto filosófico-literário e o panorama do direito a respeito dos grandes desastres ambientais.

O denso imaginário do pensamento de Blanchot permite refletir sobre a necessidade de conhecer melhor as catástrofes, a fim de estruturar respostas mais adequadas para esses acontecimentos que infelizmente se repetem.

PALAVRAS-CHAVE

Direito dos desastres. Desastres ambientais. Direito e literatura. Maurice Blanchot.

¹ Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), onde coordena o Curso de Mestrado em Direito. Professor na UCAM. Doutor em Direito pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: leonardo.mattietto@unirio.br.

1 A BRIEF INTRODUCTION TO LAW AND LITERATURE

Narrative fiction, modeled rhetorically, attracts us in its rich and undisguised contingency, insofar as it is based on historical, social, ethical, and political conditions. The symbolic nature of language appears in the reader's relationship with the text and develops into our association with other people.

The use of non-legal sources allows us to enjoy the multiple perspectives that literature might offer regarding the elaboration, interpretation, and criticism of the law.

While the law codifies reality, instituting it in a tight network of agreed qualifications and marking it up with a whole system of constraints and prohibitions, literature, on the contrary, releases the possibilities within, suspending our certainties, awakening in it dormant energies, shaking up identities and conventions, bringing us back to these crossroads where everything could start again. Whereas the law chooses, hierarchizes, and decides, the narrative gives itself, on the contrary, to infinite "imaginative variations": experimental laboratory of the human, literature explores the whole range of positions, values, and representations, and does not back away from the most vertiginous limits. (OST; VAN EYNDE, 2001, p. 7-8).

As well as romances or fables¹, law is culture, and it is not surprising to conclude that the fields of law and literature combine through interpretation. The dialogue between law and literature nourishes and encourages the development and conclusions of this essay².

¹ Fables "stress the ethical perspective: they are moral parables that often speak of justice miscarried and justice sought" (CARPI, 2016, p. 21).

² "Students, and law students in particular, must learn about the nature of language. At present the problem is that 'instead of understanding legal discourse as a dynamic product of complex historical, social, and personal forces', students 'treat it as an independent rational structure, built up of stable denotations that correspond to an objective reality'. Thus, crucially, 'they fail to recognize that discourse is itself a polyphonic construct, coloring and colored by human experience'. Because language is dynamic there is a responsibility incumbent upon all members of the discursive community. More particularly lawyers have a responsibility with regard to the language of law. Language is the one thing which can activate the law, and change it" (WARD, 1995, p. 26).

The writing of the disaster (in the original French title, *L'écriture du désastre*), by Maurice Blanchot (1907-2003), was chosen as the literary work³ to support the interchange with the theory of law in this study about environmental catastrophes, in:

(...) a time given over to the infinite so that we might suddenly come across the site of entry, the place for the body that thinks, writes, initiates some kind of reflection of language. This poetic writing of thought, which defies any presumption of language, overwhelms us, opening up, suggesting, laying out the terms available to it (BIDENT, 2018, p. 407).

Blanchot was a French writer, philosopher, and literary theorist, of “a matchless lucidity and relentless commitment to explanation, self-commentary, and gloss”, whose texts “constitute perhaps one of the most remarkable and enduring monuments in the whole of recent intellectual history to the perseverance and assertiveness of thought itself” (HILL, 1997, p. 1).

We are on the edge of disaster without being able to situate it in the future: it is rather always already past, and yet we are on the edge or under the threat, all formulations which would imply the future – that which is yet to come – if the disaster were not that which does not come, that which has put a stop to every arrival. To think the disaster (if this is possible, and it is not possible inasmuch as we suspect that the disaster is thought) is to have no longer any future in which to think it (BLANCHOT, 1986, p. 1).

2 ON DISASTER IN BLANCHOT'S THOUGHT

Etymological roots for the word *disaster* imply the detachment of the star; therefore, bad luck, unfortunate and totalitarian disgrace that annihilates what previously existed:

If disaster means being separated from the star (if it means the decline which characterizes disorientation when the link with fortune from on high is cut), then it indicates a fall beneath disastrous necessity. Would law be the disaster? The supreme or extreme law, that is: the excessiveness of uncodifiable law – that to which we are destined without being party to it. The disaster is not our affair and has no regard for us; it is the heedless unlimited; it cannot be measured in terms of failure or as pure and simple loss. Nothing suffices to the disaster; this means that just as it is foreign to the ruinous purity of destruction, so the idea of totality cannot delimit it. If all things were reached by it and

³ “Maurice Blanchot's writing carries, is carried by the silence of mute humanity, it is its ‘beating heart’ (...) Immensity of this disarmed speech. Dawn of the ‘human weakness’, sovereign” (ANTELME, 1994, p. 122).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

destroyed – all gods and men returned to absence – and if nothing were substituted for everything, it would still be too much and too little. (BLANCHOT, 1986, p. 2)

The disaster plagues reality dramatically and erases all past forms:

We are passive with respect to the disaster, but the disaster is perhaps passivity, and thus past, always past, even in the past, out of date.

The disaster takes care of everything.

(BLANCHOT, 1986, p. 3)

Blanchot's disaster "is not a spectacular catastrophe, but rather that its force unfolds as something neither temporally datable nor geographically locatable in the realm of the unspectacular and ahistorical" (BENGERT, 2018, p. 122). When all has been said about the disaster⁴, "it still stands unexhausted and inexhaustible" (AWALT, 2002, p. 6).

Intensive exploration of the environment has led to an increase in violent and destructive phenomena. Not only the industry, such as, in particular, mining, but virtually all human activities cause disastrous impacts on nature⁵.

In this scenario, the environmental tragedies of Mariana (2015) and Brumadinho (2019), in Brazil, as well as many others around the world, are shameful anthropogenic examples, which provoke unsurpassed indignation, but from which lessons must be learned so that the damage experienced on a disturbing scale does not happen again⁶.

⁴ "Blanchot says that the disaster, though it evades our attempts in language to express it and evokes initially only silence from us, gives rise to writing. We must seek to write the disaster, even though that writing will always be fragmentary and incomplete. In no way can we totally name or inscribe the disaster" (AWALT, 2002, p. 6).

⁵ "The permanence of extinction, combined with the knowledge that biodiversity collapse is anthropogenically caused and in many cases avoidable, at least in the near term, now prompts frequent use of the rhetoric of disaster to portray the human-induced shock to earth's ecosystems. Intertwined with biodiversity depletion are a whole host of human-caused planetary dis-tresses, including global warming, melting glaciers that will change the ocean currents, peak extraction of natural resources, vast zones of structural poverty across the globe, and pollution-heavy, high-risk industries and monocultural farming. Amid such environmental distress, in a time of what has been called the 'sixth mass extinction', what could Blanchot's book tell me about the scenario of a planet becoming orphaned of life? (SCHUSTER, 2014, p. 164-165)

⁶ "The notion of disaster is a particularly complex movement of thinking, because as is often the case with Blanchot, concepts unfold in paradoxes, or even in aporias. The notion of disaster firstly challenges our representation of time in so far as it includes at the same time what has already taken place and, also, what is most near. Thus, there is neither a precise space, nor a time that can welcome disaster. But the present is the time of the return of disaster, that moment when time itself can come back, but as if pulverized by the disaster. Thus the apocalypse 'has always already' occurred even if it is still yet to come" (HOPPENOT, 2014, p. 193).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

A nonreligious repetition, neither mournful nor nostalgic, a return not desired. Wouldn't the disaster be, then, the repetition – the affirmation – of the singularity of the extreme? The disaster or the unverifiable, the improper (BLANCHOT, 1986, p. 5-6).

The delicate balance that allows, in different contexts, our survival, does not last forever:

To think the way one dies: without purpose, without power, without unity, and precisely, without “the way”. Whence the effacement of this formulation as soon as it is thought - as soon as it is thought, that is, both on the side of thinking and of dying, in disequilibrium, in an excess of meaning and in excess of meaning. No sooner is it thought than it has departed; it is gone, outside (BLANCHOT, 1986, p. 39)⁷.

If it is not too late and there is still a chance of a reaction⁸, what is up to the law? The usual answer in the context of environmental responsibility has been the notion of full compensation for damages. From the angle of environmental protection, the connection with the polluter pays principle must be assessed.

The disaster, that which disestablishes itself – disestablishment without destruction's penalty. The disaster comes back; it would always be the disaster after the disaster – a silent, harmless return whereby it dissimulates itself. Dissimulation, effect of disaster (BLANCHOT, 1986, p. 6).

Given this, the polluter pays principle stimulates liability but does not identify with it indiscriminately, being a postulate aimed at redistributing the costs of environmental deterioration.

It is the other who exposes me to “unity”, causing me to believe in an irreplaceable singularity, for I feel I must not fail him; and at the same time he withdraws me from what would make me unique: I am not indispensable; in me anyone at all is called by the other – anyone at all as the one who owes him aid. The un-unique, always the substitute. The other is, for his part too, always other, lending himself, however, to

⁷ In French, “en excès de sens et en excès sur le sens” (BLANCHOT, 1980, p. 67). “Even if he also underlines the power of disorientation that lies at the heart of the speech, the way in which Blanchot thinks of the heterogeneity between the space of speech and the space of perception is nevertheless different. There is certainly in Blanchot an excess of saying – understood both as speech and as writing – over the perceptive configuration. This excess, which cannot be absorbed into the perceptive configuration, is not the meaning. It is this ‘excess over the meaning’ to which Blanchot seeks to give space” (LANNOY, 2008, p. 132).

⁸ “(...) the ruin as noun and as effect of the disaster is replaced by an incessant discursive process that ruins meaning, unity and order. The fragment is transferred to a mode of fragmentary writing that self-referentially practices fragmentation at the level of its own discursive constitution” (BENGERT, 2018, p. 122-123).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

unity; he is neither this one nor that one, and nonetheless it is to him alone that, each time, I owe everything, including the loss of myself.

The responsibility with which I am charged is not mine, and because of it I am no longer myself (BLANCHOT, 1986, p. 13).

On the other hand, responsibility is not based on the exclusive ground that whoever pollutes must pay. Of course, polluters should compensate damages, but law may attribute liability not only to the direct polluters, based on an *ethos* of protection of the environment⁹.

The disaster - experience none can undergo - obliterates (while leaving perfectly intact) our relation to the world as presence or as absence; it does not thereby free us, however, from this obsession with which it burdens us: others. For the lack of reciprocity with the Other toward which it turns us - the immediate and infinite question - is no part of sidereal space, to which, were disaster the substitution of a radical heterogeneity, it would be subordinated. This does not mean that we are unconcerned for those who, unlike ourselves, suffer from an unjust order, our own suffering being ever justified - beyond justice. For we are responsible for whoever would cause us to suffer, but rather that the patience which surpasses every conceivable passive mode - the patience to which they assign us - leads us back toward a past without any present. The pseudo-intransitiveness of writing is linked to this patience which no complement - life or death - can ever complete (BLANCHOT, 1986, p. 120).

Neither government nor society-at-large, however, should subsidize pollution. It is up to the legal system to impose that polluters internalize the costs of pollution abatement (NASH, 2000, p. 468).

Despite its genesis linked to market efficiency, the polluter pays principle became a shaping aspect of economic activity, achieved by the ethical, social, and political dimensions, aiming at internalizing the costs of prevention and control of pollution and promoting the rational use of natural resources.

Where is there the least power? In speech, or in writing? When I live, or when I die? Or again, when dying doesn't let me die?

⁹ "It is not another man, another self or another myself, whom I encounter but rather an unknown, which, to be sure, can come to me only through man but which, when it does, makes man into something the concept of man can't begin to account for. This strangeness and this separation have to do with the discrepancy or deviation that we've thought of in connection with man and with two; this foreignness is that of man as 'autrui', to borrow another expression Blanchot often uses; it is the unreachableness of man as 'the other' and as 'more Other than all that is other'" (SMOCK, 2003, p. 3).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

It is an ethical concern that distances you from power? Power links, un-power detaches. Sometimes un-power is sustained by the intensity of the undesirable (BLANCHOT, 1986, p. 12).

All spheres of power are powerless¹⁰, resulting in permanent marks for ecosystems and affected populations, aggravated by the loss of many lives and the compromise of well-being.

The disaster is what one cannot welcome except as the imminence that gratifies, the wait for un-power.

May words cease to be arms; means of action, means of salvation. Let us count, rather, on disarray (BLANCHOT, 1986, p. 11).

The liability system, when applied to repair social and environmental damage, has not been effective: it shows signs of exhaustion¹¹. Preventive measures deserve to be expanded, not to be obscured by the repressive dimension, for compliance before and after damage.

To have a clear understanding of the polluter pays principle and what it expresses as a matter of public policy and international law, “one must maintain the distinction between the assessment of liability for the abatement of specific harms on the one hand and the allocation of the costs of broad preventive measures on the other” (GAINES, 1991, p. 468).

It is advisable “to use prudence based on previous experiences and not getting impressed by mere claims of possible risks” (ANTUNES, 2016, p. 85). In order to better control those risks from now on, past disasters must be examined, and their reasons must be scrutinized:

The disaster, depriving us of that refuge which is the thought of death, dissuading us from the catastrophic or the tragic, dissolving our interest in will and in all internal movement, does not allow us to entertain this

¹⁰ “Blanchot offers no counter-politics of human liberation, self-affirmation or the retrieval of some lost relation to ‘nature’ as ground. His affirmation of the impossible offers a chastening step sideways, the cultivation of a force of natality, ‘beginning’ as a discontinuous, unmeaning and acultural element in the human realm generally, one that also affirms the uniqueness and singularity of natural phenomena, of *physis*. This is the ‘wild’ in the sense of a space outside use, something which is not part of the realm of human power” (CLARK, 2007, p. 138).

¹¹ “As such, it insists not on the necessity of obeying wordly law, but on the need to contest all such laws; but if it chooses to defy these laws, it can only be in the name of the higher law that comes before all codes of law and morality, and which is the law of that from which law derives, which is responsibility towards the Other, and to which responsibility is owed not because it is the law but because, like passion, it is what precedes freedom, choice, deliberation as such” (HILL, 1997, p. 207).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

question either: what have you done to gain knowledge of the disaster?
(...)

The disaster: stress upon minutiae, sovereignty of the accidental
(BLANCHOT, 1986, p. 3).

The successive ruptures of mining tailings dams warn of the need for a sustainable political-legal structure, with scientific bases.

Un-knowledge is not a lack of knowledge; it is not even knowledge of the lack but rather that which is hidden by knowledge and ignorance alike: the neutral, the un-manifest (BLANCHOT, 1986, p. 63).

Environmental management is indeclinable, in addition to the improvement of public policies: “the global ecological crisis could be called precisely ‘Blanchotian’ in its demand that we think increasingly”, not only in terms of specific projects “of management or conservation within received frameworks of thought, but anew about the totality of human life” (CLARK, 2007, p. 123).

I will not say that the disaster is absolute; on the contrary, it disorients the absolute. It comes and goes, errant disarray, and yet with the imperceptible but intense suddenness of the outside, as an irresistible or unforeseen resolve which would come to us from beyond the confines of decision (BLANCHOT, 1986, p. 4).

Management fosters “an analytical, systemic, and constructivist response to disaster” (CARVALHO, 2019, p. 289), circularly or cyclically, in several phases: prevention and risk mitigation, the occurrence of the disaster, emergency response, means of compensation and, finally, rebuilding (FARBER, 2012, p. 6).

The I that is responsible for others, the I bereft of selfhood, is sheer fragility, through and through on trial. This I without any identity is responsible for him to whom he can give no response; this I must answer in an interrogation where no question is put; he is a question directed to others from whom no answer can be expected either. The Other does not answer (BLANCHOT, 1986, p. 119).

Large-scale environmental catastrophes emphasize the lack of legislative and administrative provisions¹², and they underscore “the need for lawmaking institutions that

¹² “However, if Blanchot questions the reciprocity between justice and finishing, this does not mean that justice sinks into indeterminacy because, if references to justice are characterized by something in his work, it is because it is linked to an urgency that makes it peremptory. This does not determine that it acts moved by an impatience that seeks the conclusive, but, on the contrary, by the patience of passivity. In this way one can understand, provided that passivity is not simply opposed to activity, patience to impatience” (QUINTANA DOMÍNGUEZ, 2015, p. 145).

are better able to overcome the human tendency to fail to apprehend the full spatial and temporal scope of the environmental risks generated by modern technology” (LAZARUS, 2007, p. 1020).

3 CONCLUSION: FROM LITERARY NARRATIVE TO DISASTER KNOWLEDGE

The disaster, unexperienced. It is what escapes the very possibility of experience – it is the limit of writing. This must be repeated: the disaster de-scribes. Which does not mean that the disaster, as the force of writing, is excluded from it, is beyond the pale of writing or extratextual.

It is the dark disaster that brings the light (BLANCHOT, 1986, p. 7).

It is credible that Blanchot’s catastrophe would refer to the destruction caused by wars or the moral degeneration of humanity, however than directly to environmental protection. This essay tried to propose an environmental reading of *The Writing of the Disaster*, in a way that we might reappraise the ethical challenges finitude necessarily imposes.

From the author’s dense symbolic representations of disaster, we may learn that knowledge, science, and the law must prevail over common sense. Prudence and the gradual scale of actions and interventions should override improvisation and untimely policy-making.

4 REFERENCES

ANTELME, Robert. Sur l’écriture du désastre de Maurice Blanchot. **Lignes**, Paris, n. 21, p. 121-122, 1994.

ANTUNES, Paulo de Bessa. The precautionary principle in the Brazilian environmental law. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p.63-88, set./dez. 2016.

AWALT, H. Mike. Writing the Disaster: Inscriptions of the Self. In: FISHER, R. N.; PRIMOZIC, D. T.; DAY, P.A.; THOMPSON, J. A. **Suffering, death and identity**. Amsterdam; New York: Rodopi, 2002, p. 5-18.

BENGERT, Martina. Endless Catastrophe: Maurice Blanchot and the Fragments of Disaster. In: DÜNNE, J.; HINDEMITH, G.; KASPER, J. **Catastrophe & Spectacle**:

Variations of a Conceptual Relation from the 17th to the 21st Century. Berlin: Neofelis, 2018, p. 121-133.

BIDENT, Christophe. **Maurice Blanchot: a critical biography.** Translated by John McKeane. New York: Fordham University Press, 2018.

BLANCHOT, Maurice. **L'écriture du désastre.** Paris: Gallimard, 1980.

BLANCHOT, Maurice. **The writing of the disaster.** Translated by Ann Smock. Lincoln: University of Nebraska Press, 1986.

CARVALHO, Délton Winter de. The ore tailings dam rupture disaster in Mariana, Brazil 2015: what we have to learn from anthropogenic disasters. **Natural Resources Journal**, Albuquerque, v. 59.2, p. 281-300, 2019.

CARPI, Daniela. Fables of the law: a literary perspective. In: CARPI, D.; LEIBOFF, M. **Fables of the law.** Berlin: De Gruyter, 2016, p. 3-31.

CLARK, Timothy. A Green Blanchot: Impossible? **Paragraph: A Journal of Modern Critical Theory**, Edinburgh, v. 30, n. 3, p. 121-140, Nov. 2007.

FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan./jul. 2012.

GAINES, Sanford. The polluter-pays principle: from economic equity to environmental ethos. **Texas International Law Journal**, Albuquerque, v. 26, p. 463-496, 1991.

HILL, Leslie. **Blanchot: Extreme Contemporary.** London: Routledge, 1997.

HOPPENOT, Éric. The Writing of Disaster. Translated by Sarah Voke. **Témoigner. Entre histoire et mémoire**, Bruxelles, n. 118, p. 193, sept. 2014.

LANNOY, Jean-Luc. Langage, perception, mouvement: Blanchot et Merleau-Ponty. Grenoble: Millon, 2008.

LAZARUS, Richard J. Environmental Law After Katrina: Reforming Environmental Law by Reforming Environmental Lawmaking. **Tulane Law Review**, New Orleans, v. 81, n. 4, p. 1019-1058, Mar. 2007.

NASH, Jonathan Remy. Too much market: conflict between tradable pollution allowances and the “polluter pays” principle. **Harvard Environmental Law Review**, Cambridge, v. 24, n. 2, p. 465-536, 2000.

OST, François; VAN EYNDE, Laurent. Le droit au miroir de la littérature. In: **Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature.** Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 7-10.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

QUINTANA DOMÍNGUEZ, Idoia. De la pasividad a la *justa* temporalidad del desastre en Maurice Blanchot. **Escritura e imagen**, Madrid, v. 11, p. 135-148, 2015.

SCHUSTER, Joshua. How to Write the Disaster. **Minnesota Review**, Minneapolis, n. 83, p. 163-171, 2014.

SMOCK, Ann. **What is there to say?** Lincoln: University of Nebraska Press, 2003.

WARD, Ian. **Law and literature: possibilities and perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Submetido em 11/08/2020

Aprovado em 15/10/2020

THE FINANCIAL SUPERVISORY AUTHORITY IN GERMANY**A AUTORIDADE DE SUPERVISÃO FINANCEIRA NA ALEMANHA**Margherita Paola Poto ¹**ABSTRACT**

The present contribution aims to illustrate the German regulatory system in financial supervision, its structure and its flexibility to hold out against the storms of the perduring critical situation in the financial system. The bird's eye view depicts a consolidated system, where a single regulator supervises the three segments of the financial market (securities *stricto sensu*, banks and insurance), and where the independence from the executive rather than being flaunted as the winning choice, has been set aside in favour of a "delegation of powers", since the authority is a federal institution that belongs to the portfolio of the Federal Ministry of Finance. In addition to the relevant role of the German Financial Supervisory Authority (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, hereinafter the Bafin) played at national level, it is noteworthy its relevant stature at international level, given the explicit mandate of the Bafin to engage in international administrative cooperation. The Bafin plays a key role in implementing the global financial standards set out in the Basel Accords. In the first part of the contribution, I will analyse the authority and its characteristics, particularly focusing on

RESUMO

A presente contribuição visa ilustrar o sistema regulatório alemão em supervisão financeira, sua estrutura e flexibilidade para resistir às tempestades da persistente situação crítica do sistema financeiro. Em uma visão panorâmica, representa um sistema consolidado, onde um único regulador supervisiona os três segmentos do mercado financeiro (títulos *stricto sensu*, bancos e seguros), e onde a independência do executivo, em vez de ser alardeada como a escolha vencedora, foi definida aparte a favor de uma "delegação de poderes", visto que a autoridade é uma instituição federal que pertence à pasta do Ministério da Fazenda Federal. Além do papel relevante da Autoridade de Supervisão Financeira Alemã – Bafin (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) desempenhado a nível nacional é digno de nota a sua importância relevante a nível internacional, dado o mandato explícito do Bafin para se envolver na cooperação administrativa internacional. O Bafin desempenha um papel fundamental na implementação dos padrões financeiros globais estabelecidos nos Acordo da Basileia. Na primeira parte da contribuição, irei analisar a autoridade e suas características, focalizando

¹ Professor in Administrative Law, University of Turin, Italy. Email: margherita.p.poto@uit.no

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

the element of the independence in legislation, on its interpretation in jurisprudence, and on its specificity in the national system. The second part of the contribution will tackle the other delicate aspect related to the regulatory authorities in Germany, the public administration liability in case of damages to third people, its constitutional grounds and the extensive interpretation of its mechanisms to the authority supervising financial markets. Some concluding remarks will lead this contribution to an end.

KEYWORDS

German Financial Supervisory Authority. Economic and Financial Policy. German Regulatory System. Public Policy. Financial Market and Financial Law.

particularmente o elemento da independência na legislação, sua interpretação na jurisprudência e sua especificidade no sistema nacional. A segunda parte da contribuição abordará o outro aspecto delicado relacionado com as autoridades reguladoras na Alemanha, a responsabilidade da administração pública em caso de danos a terceiros, seus fundamentos constitucionais e a ampla interpretação de seus mecanismos para a autoridade de supervisão dos mercados financeiros. Algumas observações finais encerrarão esta contribuição.

PALAVRAS-CHAVE

Autoridade de Supervisão Financeira Alemã. Política Econômica e Financeira. Sistema Regulatório Alemão. Mercado Financeiro e Direito Financeiro.

PART I**1 THE ELEMENT OF INDEPENDENCE IN THE EUROPEAN LEGISLATIVE FRAMEWORK**

In order to propose a solution to the financial crisis of the past five years, at European level a new system of Financial Supervision has been established, comprising an European Systemic Risk Board, three European Supervisory Authorities (ESAs) for each sector of supervision (bank, pension, market), a Joint Committee of the European Supervisory Authorities in charge of their coordination with financial conglomerates and competent or supervisory authorities for each Member State.

The system has been created under the aegis of the De Larosière Report¹, where a great emphasis has been given not only to the independence of the European actors, but also to the national supervisors. In three points, the Report highlights the importance of independence for the national authorities.

Paragraph 187) expressly mentions independence as a key element of the supervisory authorities:

“The ESFS (European System of Financial Supervision, editor’s note) must be independent from possible political and industry influences, at both EU and national level. This means that supervisors shall have clear mandates and tasks as well as sufficient resources and powers [...]”²

Paragraph 196) assigns to the European Commission the specific task to carry-out an examination of the degree of independence of all national supervisors. As a logical conclusion, Recommendation 19 in paragraph 197) includes this provision within the to-do list of the European Commission’s tasks in the first stage of implementation of the Report (dating 2009-2010)³.

Paragraph 208), iv) assigns to the European Supervisory Authorities the task to evaluate the independence of the national supervisory authorities through peer reviews. As a counterbalance to independence, accountability to the political authorities is to be

¹ The High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by J. de Larosière, Report, Brussels, 25 February, 2009: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, last visited in May 2013.

² The High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by J. de Larosière, cit., p. 47.

³ Idem, p. 49.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

granted, both at European and national levels, so that supervisory work is independent from the political authorities, but accountable to them⁴.

In addition to the above mentioned tasks related to the element of independence, the Report provides a definition of supervisory independence, “as a situation in which the supervisor is able to exercise its judgment and powers independently with respect to the enforcement of prudential and/or conduct of business rules, i.e. without being improperly influenced or overruled by the parties under supervision, the government, the Parliament, or any other interested third party.”⁵

As such, the supervisory authority shall be empowered and able to make its own independent judgments (e.g. with respect to licensing, on-site inspections, off-site monitoring, sanctioning, and enforcement of the sanctions), without other authorities or the industry having the right or possibility to intervene. Moreover, the supervisor itself shall base its decisions on purely objective and non-discriminatory grounds. However, supervisory independence differs from central bank independence (i.e. in relation to monetary policy), in the sense that the government (usually the Finance minister) remains politically responsible for maintaining the stability of the financial system, and the failure of one or more financial institutions, markets or infrastructures can have serious implications for the economy and tax payer's money. Consequently, the supervisory authority should operate within a certain scope of responsibilities and under an explicit delegation of powers in the form of legislation passed by Parliament and the government should not exercise immediate powers on the supervisory authority and interfere directly in its day-to-day activities.

The Report adds that:

Independence should be balanced and strengthened by proper accountability arrangements and transparency of the regulatory and supervisory process, consistent with confidentiality requirements. National authorities should however relinquish control mechanisms such as having government representatives, chairing or actively participating in the management board of the supervisory authority, or giving the government the right to intervene in the day-to-day operations of the supervisory authority. Their influence should be limited to the possibility of amending the legal framework, imposing

⁴ Idem, p. 53.

⁵ Idem, note 10, p. 47.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

long-run strategic goals, and monitoring performance, on the condition that this is done in an open and transparent manner⁶.

Based on various internationally recognised standards and codes (such as the above mentioned G10 Basel Core Principles for Effective Banking Supervision, the IAIS Insurance Core Principles and the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation) the articulated definition underpins the elements of the authorities' independence, implying a certain autonomy of the decision making process; an organisational separation from the ministries; a certain degree of freedom from ministerial control; the guarantee of the rule of law in the modalities of election of their members; financial autonomy.

It is equally clear that the independence shall be granted from both market parties and the political arena and this aspect will be extremely relevant when I will analyse the German elasticity in interpreting the element of "political independence" (in case C-518/07⁷). Germany did not consider a core element the political independence, rather focusing on the importance to avoid any conflicts of interest between the independent authority and the market parties. Though the point has been explicitly stressed only in the case of the Authority of Data Protection, nevertheless the situation is similar in the case of the financial supervisory authority.

In line with the recommendations of the De Larosière Report, the provisions on the independence of the regulatory authorities have been set up specifically for the three authorities (the above mentioned European Supervisory Authorities, ESAs) established within the European System of Financial Supervision, and namely: Art. 1 (2) Regulation 1093/2010 for the European Banking Authority (EBA);⁸ Art. 1 (2) Regulation 1094/2010 for the European Insurance and Oc. Pensions Authority (EIOPA);⁹ Art. 1 (2) Regulation

⁶ Ibidem.

⁷ See paragraph 3 of the present contribution.

⁸ Regulation (EU) n. 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC, in *OJ* 15/12/2010, L 331/12.

⁹ Regulation (EU) n. 1094/2010 of the European Parliament and Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC, in *OJ* 15/10/2010, L 331/48.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

1095/2010 for the European Securities and Markets Authority (ESMA).¹⁰ The letter of the law refers to the same provisions in the three European Supervisory Authorities and recites as follows: “When carrying out its tasks, the Authority shall act *independently* and objectively and in the interest of the Union alone.” Further footprints of the independence of the authorities and their members are retraceable in the recitals (“*whereas*”) of the above mentioned establishing Regulations, and respectively for the EBA, EIOPA and ESMA in *whereas* 45), 44), 45), where the role of the authorities is to “serve as *independent* advisory body to the European Parliament, Council, Commission.”

Additionally, Regulation n. 1092/2010 establishing the European Systemic Board, in charge with overseeing risk in financial system as a whole (whereas n. 4), stresses the aspect of the independence of the European Systemic Risk Board (ESRB).

“Whereas” 15 recites: “The Union needs a specific body responsible for macro prudential oversight across its financial system, which would identify risks to financial stability [...]. Consequently, the ESRB should be established as a new *independent* body, covering all financial sectors [...].”¹¹

The independence of the administrative authorities plays a pivotal role in the European legislative framework, as well as in the interpretation of the courts, as I will illustrate in the following paragraph.

One might expect a compliant and similar situation at national scale. But here comes the surprising divergence. As anticipated above, the Federal Republic of Germany, the largest economy in Europe,¹² opted for a system where the political independence is not considered the centerpiece of the whole financial supervisory structure. Though the European Court of Justice stigmatised this choice in the specific case of the Data Protection Authority, the judicial darts have not reached the Financial Supervisory

¹⁰ Regulation (EU) n. 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC, in OJ 15/10/2010, L 331/84.

¹¹ Regulation (EU) n. 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, in OJ 15/10/2010, L 331/1.

¹² Furthermore, Germany was the fifth largest economy in the world for 2010, according to GDP (PPP) and fourth in the world according to GDP (Current Prices, US Dollars). Germany's GDP (PPP) was US\$2.94 trillion and its GDP (Current Prices, US Dollars) was US\$3.31 trillion. http://www.economywatch.com/world_economy/germany/, last visited in May 2013.

Authority, which remains, up to this moment, solidly connected to the Ministry of Finance.

Before analysing the Bafin's constitutional grounds, its structure and its powers, I will describe the actual position of the European judiciary *vis-à-vis* the element of independence of regulatory authorities.

2 THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CHAMPIONIZES THE INDEPENDENCE CAUSE

Case C-518/07 addresses the fundamental topic of the supervisory bodies' independence, offering the interpretation of the Court of Justice on the legislative provisions regarding the Data Protection Authority. I will focus on two main aspects shining through the case: on one hand, the position of the Federal Republic of Germany *vis-à-vis* the requirement of the independence; on the other hand, the interpretation offered by the European judiciary¹³. The judgment does not give space to ample generalisation and extensions to other domains, being confined within the borders of the Data Protection Authority; nevertheless, it offers hints for a parallel analysis between models of authorities (data protection and financial regulatory authorities).

The dispute concerned two different interpretations given by the European Commission and the Federal Republic of Germany about the expression "with complete independence" in the Directive 95/46 (Data Protection Authority) and about the exercise

¹³ Case C-518/07, European Commission v. Federal Republic of Germany, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 9 March 2010 [2010] ECR I-1885; in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1755-1768, commented by J. Zemanek; in *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 2010, 944-947, commented by L. Fabiano, *Chi controlla il controllore? Sulla (illegittimità, secondo la Corte di Giustizia, della) vigilanza (statale) delle autorità di controllo*. On the case see also A. Roßnagel, *Verurteilung Deutschlands zur Neuorganisation seiner Datenschützer*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010 p.299-301; A. Epiney, *Zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Kontrollstellen im Bereich des Datenschutzes*, *Aktuelle juristische Praxis - AJP* 2010 p.659-663; T. Petri, M. Tinnefeld, *EuGH: Unabhängigkeit der Datenschutz-Kontrollstellen*, *Multimedia und Recht*, 2010 p.355-356; M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Chronique de jurisprudence communautaire. Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques*, *L'actualité juridique; droit administratif* 2010, p. 938-939; F. Kauff-Gazin, *Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation?*, *Europe 2010 Juillet Etudes n° 9 p.12-16*; H. P. Bull, *Die "völlig unabhängige" Aufsichtsbehörde*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2010, p.488-494; I. Spiecker, *Juristenzeitung* 2010 p.787-791; M. Cortés, M. José, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Enero - Abril 2010, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2010 n° 34 p.1-61; F. Fabbrini, *Il diritto dell'Ue e l'indipendenza delle autorità nazionali garanti della protezione dei dati*, *Giornale di diritto amministrativo* 2010 p.1028-1033; E. M. Frenzel, *"Völlige Unabhängigkeit" im demokratischen Rechtsstaat - Der EuGH und die mitgliedstaatliche Verwaltungsorganisation*, *Die öffentliche Verwaltung* 2010 n° 22 p.925-931.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

of the supervisory authorities functions (concerning protection of individuals with regard to the processing of personal data).

On one hand, the Federal Republic of Germany supported a narrow interpretation of the “complete independence” required to the supervisory authorities in exercising their functions, as the Directive of Data Protection requires “the supervisory authorities to have functional independence in the sense that those authorities must be independent of bodies outside the public sector which are under their supervision and they must not be exposed to external influences.”¹⁴ Consequently,

“the State scrutiny exercised in the German Länder does not constitute such an external influence, but rather the administration’s internal monitoring mechanism, implemented by the authorities attached to the same internal monitoring machinery as the supervisory authorities [...]”¹⁵

On the other hand, the European Commission’s interpretation of “complete independence” has been rooted on the idea that “the supervisory authority must be free from any influence, whether that influence is exercised by other authorities or outside the administration.”¹⁶

The ruling of the Court of Justice starts from these two meanings of independence (functional and complete) to expose its own overview, where the definition develops from three main questions: 1) What does the law say about independence? 2) Does the State scrutiny allow it? 3) Is independence against the democratic principle?

As a premise to these questions, the Court clarifies that contrarily to the position taken by the Federal Republic of Germany “the concept of “independence” is complemented by the adjective “complete”, which implies a decision-making power independent from any direct or indirect external influence on the supervisory authority.”¹⁷

The answer to the first question (Why does the law say about independence?) is to be found in the letter of the law, and in particular in the purposes of the legal provision.

¹⁴ C-518/07 cit., paragraph 16, p. I-1907.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ C-518/07 cit., paragraph 15, p. I-1907.

¹⁷ C-518/07, cit., paragraph 19, p. I-1908.

In the case of the Data Protection Authority, Directive 95/46¹⁸ assigns the protection of the fundamental rights and to personal data to national supervisory authorities. Their independence is the guarantee intended “to ensure the effectiveness and reliability of compliance with the provisions on protection of individuals with regard to the processing of personal data and must be interpreted in the light of that aim”. As a squire to his knight, independence sustains the authority “to strengthen the protection of individuals and bodies affected by their decisions”. Consequently, when carrying out their duties, the authorities shall act objectively and impartially, remaining free from any external influence, such as the influence of the State or the *Land*, and not from the influence only of the supervised bodies.¹⁹

The answer to the second question (“Does State scrutiny allow independence?”) is incorporated into two points: a State interference over the decisions of the supervisory authorities may hinder the economical independence on one side, and the political independence on the other side. In this regard, the Court observes that concerning the economical influence, the government may be an interested party in the decision-making process if it actually or potentially participates therein. Regarding the political independence, the risk is two-fold: firstly, the scrutinising authorities could exercise a political influence over the scrutinised authorities, in terms of prior compliance on the part of the scrutinised in the light of the scrutinising’s authority decision making practice. Secondly, for the purpose of the role adopted by those authorities, it is necessary, according to the Court, that their decisions remain above any suspicion of partiality.²⁰

Answering the third question (Is independence against the democratic principle?), the Court reminds that democracy is a pillar of European Community law and was expressly enshrined in Article 6(1) EU as one of the foundations of the European Union. For this reason, it has to be taken into consideration when interpreting acts of secondary law, such as directives.

In hermeneutic perspective, the Court concludes that the principle

¹⁸ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJ* 23/11/1995, L 281/ 31.

¹⁹ C-518/07, cit., paragraph 24 and 25, p. I-1910.

²⁰ C-518/07, cit., paragraphs 35-36, pp. I-1912-1913.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

“does not preclude the existence of public authorities outside the classical hierarchical administration and more or less independent of the government. The existence and conditions of operation of such authorities are, in the Member States, regulated by the law or even, in certain States, by the Constitution and those authorities are required to comply with the law subject to the review of the competent courts. Such independent administrative authorities, as exist moreover in the German judicial system, often have regulatory functions or carry out tasks which must be free from political influence, whilst still being required to comply with the law subject to the review of the competent courts.”²¹

In other words, the *status* independent of the general administration on the supervisory authorities (in the specific case, responsible for the protection of individuals with regard to the processing of personal data outside the public sector) does not deprive those authorities of their democratic legitimacy.

The Court comes to these conclusions for the Data Protection authority. One may wonder whether the formulated argumentations might be extended to the financial supervisory authorities. What does the law say about independence? Does independence jeopardise economical and political decisions? Is independence contrary to the democratic principle?

As above illustrated, several provisions at European level give emphasis on independence as a key element in financial supervisory bodies. It is equally true that there is not a specific provision requiring that independence shall be a characteristic of the national supervisory bodies, as in the case of the Data Protection Authorities. Nevertheless, the European legislative ruling contains a clear indicator for the national legislator, as well.

In the following paragraph, I will analyse the German position on financial supervisory bodies' independence. It seems that, though the legislator opted for a *pro*-independence solution, its interpretation recalls the “functional independence” provided in Case C-518/07, with a specific focus on the economical independence, rather than on the political.

Resuming the three questions, Germany opted for independence at legislative level (What does the law say about independence?), but it provided a narrow interpretation, where the economical independence prevails over the political, since, as I

²¹ C-518/07, cit., paragraph 42, p. I-1914.

will say, the Bafin is under the Ministry of Finance (Does independence jeopardise economical and political decisions?), without compromising democracy (Is independence contrary to the democratic principle?). And as far as the ado around Bafin is confined to the political arena,²² very little is left to say to the courts.²³

3 THE ELEMENT OF INDEPENDENCE IN THE NATIONAL LEGISLATIVE FRAMEWORK.

In the Federal Republic of Germany, the origin of a structural model of authorities acting in sensitive sectors of the public administration, with elements of independence from the executive may be traced back to the Conference held at the Berlin Chamber of Commerce by Carl Schmitt in 1930, at which it was declared that the German central bank, as well as other bodies such as the Railways, were “neutral” organs of administration of the economy with regards to government policy²⁴.

The problem of the constitutional basis of neutral organisations in Germany lies mainly in identifying a regulation that combines the democratic principle and devolution of powers to external and independent organs. In other words, the main issue regards establishing the way in which the constitutionally required principle of democracy may be reconciled with the need for delegation of powers to expert bodies which are independent from day-to-day politics. Pursuant to Art. 20 GG all State authority has to emanate from the people. Therefore, a continuous chain of legitimacy between the sovereign people and the state power must be shown generally for all powers.

This means that delegation of powers must receive constitutional coverage and is therefore only legitimate within the bounds of the constitution. In the tension between democratic principle and authorities’ independence from political power, the democratic

²² The debate around Bafin seems to have had broader implications rather than the mere dispute over its independence: see K. Engelen, *Germany’s Fighting over BaFin*, in *The International Economy*, Winter 2010, p. 54 and ff.. According to Engelen, Bafin is falling victim to those conservative and liberal politicians who from the beginning almost a decade ago had been rejecting a German version of the FSA [*the British Financial Supervisory Authority*], opting instead to put banking supervision under the umbrella of the Bundesbank.

²³ P. Dann, M. v. Engelhardt, *The Global Administrative Order through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany*, in *German Law Journal*, 1 July 2011, p. 1383.

²⁴ C. Schmitt, *Das Problem der innerpolitischen Neutralitaet*, now in *Verfassungsgericht Aufsätze aus den Jahren 1924-1925*, Berlin, 1958, 41.

principle still prevails, so that generally «a legal form which states dependency on government is chosen even if in practice the principle of non intervention prevails»²⁵.

In the delicate balance between the requirements of independence and the requirements of conformity to the constitution, there is a tendency towards the creation of a system in which the authorities regulating the system's sensitive sectors, are bound to comply with the rule of law. Thus, upon closer examination, these regulatory authorities like the traditional administrative authorities of the German system, are obliged to observe the rule of law, as they are bound «to the statutes and the law» («*an Gesetz und Recht gebunden*»)²⁶. The democratic legitimation is the foundational concept of the regulatory authorities in Germany, far more important than their political independence from the executive.

4 ESTABLISHMENT AND AIMS OF THE BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT (BAFIN)

Ever since it was founded, in May 2002, the Federal Financial Supervisory Authority (*BaFin*) has exercised the integrated functions of supervising banking and finance, insurance, and securities trading. It was established as an independent public law body, that however maintains ties with the Ministry of Finance, whose legal and functional supervision it is subject to.²⁷

BaFin is thus a federal authority, that operates under the Federal Ministry of Finance. This means that it is subordinate only to the highest federal body, that is the Federal Ministry of Finance, whose authority it comes under, and which has jurisdiction over all federal territory.

²⁵ A. Van Aaken, *Independent Administrative Agencies in Germany*, in www.dirittoamministrativo.jus.unitn.it, last visited in April 2013.

²⁶ B. Rudolf, *The enforcement of Judgements against Public Authorities in the Federal Republic of Germany*, *European Public Law*, 2001, who affirms that «*the importance of the executive's being bound to the statutes and the law cannot be underestimated [...]. Given the historic experience of the national-socialist rule with its blatant disregard of the rule of law, this principle has assumed a central position in the self image of the Federal republic of Germany. An administrative authority that intentionally disregards the law leaves the common ground of societal consensus*». For a general framework on administrative law in Germany see O. Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, 2; see also C.F. Gerber, *Über öffentliche Recht*, 1852; G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung, Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen, 1919; V. E. Orlando, *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, 1949, Milano; Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940.

²⁷ M. Schüler, *Integrated financial supervision in Germany*, 2004, ZEW Discussion Papers 04-35.

Independence from the federal government means essentially independence from the Ministry of Finance in terms of funding, because it is financed by the businesses and institutions that are subject to its supervision.²⁸

Even the location of the supervisory authority, inside the Ministry of Finance building in the centre of Bonn, reveals the nature of a body which, although independent of the federal budget, still remains within the Ministry structure.

BaFin was established following approval of the FinDAG,²⁹ on 22 April 2002, with the specific purpose of unifying the three market supervisory functions (banking, insurance, and securities) under a single federal body. It thus merged the federal supervisory offices for the credit system (*Bundesaufsichtamt für das Kreditwesen - BAKred*), for the insurance system (*Bundesaufsichtamt für das Versicherungswesen - BAV*) and for the financial products trade (*Bundesaufsichtamt für Wertpapierhandel*).³⁰

Regarding this last point, the BaFin has three main supervisory objectives: its paramount aim is to ensure the functioning of the entire financial industry in Germany. From this objective, two others can be inferred: to safeguard the solvency of banks, financial services institutions and insurance undertakings – which in the past was mainly a function of the BAKred and the BAV – and to protect clients and investors.³¹

Fundamentally, the main objectives that BaFin pursues, in a perspective of general supervision and in defence of the public interest, relate to supervision of the stock market as a whole, both in terms of the transparency and solvency of banks, and of the protection of investors.

BaFin operates in the public interest. Its main objective is to guarantee the correct working, stability and integrity of the German financial system, so as to allow clients, as well as insurance companies and investors, to have complete trust in the system. In addition to the general function of ensuring supervision over the solvency of institutions

²⁸ C. Di Capua, *Il sistema bancario tedesco*, in *Quaderni di Ricerche realizzati nell'ambito della ricerca «Verso un sistema bancario e finanziario europeo»*, a cura dell'Ente per gli Studi Monetari, Bancari e Finanziari Luigi Einaudi, n. 56, 2003.

²⁹ *Gesetz über die integrierte Finanzdienstungssicht 22 April 2002*, BGBl, I, 1310.

³⁰ K.D. Dehlinger, *Vertragliche Marktsegmentregulierung an Wertpapierbörsen*, Baden Baden, 2003.

³¹ K.K. Mwenda, *Legal aspects of Unified Financial Services Supervision in Germany*, in *German Law Journal*, 2003, 4, 10.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

subject to its controls, BaFin is also responsible for ensuring that banks, financial institutions and insurance companies fulfil their duties appropriately.

Through its activity of market supervision, BaFin also encourages the adoption of standards of practice and behaviour, with the aim of maintaining the confidence of investors in the financial market.³²

5 BAFIN'S STRUCTURE

BaFin comprises three distinct organisational units, known as Directorates: the unit assigned to banking supervision (*Bankenaufsicht*), one assigned to insurance system supervision (*Versicherungsaufsicht*) and lastly one charged with supervision of the financial system in a strict sense and asset management (*Wertpapieraufsicht/Asset Management*).³³

The first unit is divided into four departments, each respectively responsible for oversight of large banks and certain credit institutions (*Aufsicht über Großbanken und ausgewählte Kreditbanken*), of Länder banks, savings banks and rural banks (*Aufsicht über Landesbanken, Sparkassen und Bauskassen*), with supervision of banks granting credit, of special and of regional banks (*Aufsicht über Kreditbanken, Regionalbanken und Spezialbanken*) and, lastly, with supervision over credit institutions and the lawfulness of cooperative shareholding models (*Aufsicht über Kreditinstitute in der Rechtsform der eigetragenen Genossenschaft*).

The second unit is composed of five department structures. The first is charged with carrying out general functions in the insurance system, such as establishing insurance conditions, as well as management of the health insurance system (*Grundsatzfragen der Versicherungsaufsicht; aufsicht über Krankenversicherungsunternehmen*). The second oversees the life insurance system (*Aufsicht über Lebensversicherungsunternehmen und Sterbenkassen*). The third oversees damage insurance and national insurance groups (*Aufsicht über Schaden und Unfall V-U, Nationale Versicherungsgruppe*); the fourth, international insurance groups and financial

³² See pag. 9 *Annual Report, 2006*, BaFin, on http://www.bafin.de/jahresbericht/2006/kapitel_VIII_en.pdf.

³³ C. Schiedermaier, «3L3» - *European financial supervisors cooperate across sector boundaries*, pubblicato in *Q3/07, Bafin Quarterly, 3rd Quarter Edition 2007, Issued by the Federal Financial Supervisory*, p. 4; see also *BaFin, 2005, Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, DruckVerlag Kettler GmbH, Bönen, Bonn und Frankfurt am Main, 2006*.

conglomerates (*Internationale Versicherungsgruppen und Finanzkonglomerate*). The last department oversees pension insurance systems (*Betriebliche Altersorgung; aufsicht über Pensionkassen und Pensionfonds*).

The third directorate consists of four departments. The first has similar functions to those of the first insurance department, in other words with responsibilities for identifying general principles and conditions of the financial supervision system (*Grundsatzfragen der Wertpapieraufsicht*). The second has oversight of insider trading and forms of publicity for investments, as well as stock exchange competencies (*Insideruberwachung, Ad-Hoc-Publizität; Director's dealing; Borsen kompetenz-zentrum*). The third is charged with supervision over the correct application of laws concerning credit (*Aufsicht über FDI nach KWG und WpHG*). The last department is responsible for supervision over investment funds (*Investmentfonds*)³⁴.

6 FUNCTIONS

6.1 Bafin's Powers Under the Financial Instruments Law (Wertpapierhandelsgesetz - WpHG).

One of the main laws governing BaFin's functions is the law on financial instruments (*Wertpapierhandelsgesetz – WpHG*)³⁵, enacted in 1998 but subsequently amended in the sections regarding supervision³⁶. I will look at part II, especially sections 3-10 of this law, regulating BaFin's powers and functions. Section 3 states that the authority has general responsibility for supervision under the law, and assigns to BaFin a general power to act in order to prevent or eliminate any risks which may arise in the financial system.³⁷

The Authority oversees and monitors compliance with laws safeguarding the proper functioning of the market, and may provide any instructions required to ensure their implementation. It also holds the power of prohibiting or suspending the circulation

³⁴ <http://www.bafin.de/bafin/organigramm.en.pdf>.

³⁵ Wertpapierhandelsgesetz - WpHG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, in *BGBI.*, I, 2708.

³⁶ *Handelsgesetzbuch, Wertpapierhandelsgesetz*, 44. Auflage, 2006, Becktexte in Dtv, München.

³⁷ § 3 (1) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

of financial products on the market.³⁸ In order to fulfil its supervisory functions over the financial sector, BaFin also exercises powers of so-called inspectional supervision: it can gather information, and request documentation, to the extent that it deems necessary for effective monitoring of possible breaches of the law. In coordination with this inspectional activity, BaFin must immediately inform the public prosecutor³⁹ in the event that there is evidence that an offence has been committed under section 38 of the same law.⁴⁰

If the Authority believes that the investigation is not being carried out according to legal requirements, it may request the publication of a report or a statement providing an account of the main phases of the preliminary enquiry.⁴¹

This law specifies, in addition, that any kind of objection or protest against the above-mentioned measures can have no delaying effect.⁴²

The last of the authority's sanctionative powers is found in the provision that refers to the principle of international cooperation, and permits disclosure of information regarding persons under investigation only for the purpose of guaranteeing *International Zusammenarbeit* (international cooperation): «(10) Die Bundesanstalt darf ihr mitgeteilte personenbezogene Daten nur zur Erfüllung ihrer aufsichtlichen Aufgaben und für Zwecke der Internationalen Zusammenarbeit nach Maßgabe des § 7 speichern, verändern und nutzen».⁴³

6.2 The Advisory Committee

Other regulations, aside from those concerning the powers which BaFin is invested with, relate to the establishment within the Authority of an advisory committee consisting of representatives from each *Land*, who are assisted, if necessary, also by representatives from the Ministry of Finance, of Justice, of Economy and Labour, as well

³⁸ § 3 (2) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

³⁹ § 3 (5) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴⁰ § 3 (3) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴¹ § 3 (5) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴² § 3 (7) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴³ § 3 (10) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

as representatives from the German Federal Bank. The committee may also consult with experts on securities, on the stock exchange and on economics.⁴⁴

The committee carries out supervision and provides the supervisory authority with opinions in the following ways: 1. through issuing opinions and guidelines concerning BaFin's supervisory activity; 2. through consultancy in the area of supervision of stock market institutions and institutions that trade in financial instruments; 3. through supervisory activity on the correct division of competencies between BaFin and the authorities charged with supervision of the markets as well as cooperation between them.⁴⁵

The advisory committee may also make recommendations regarding general progress on supervisory operations by BaFin which, in turn, compiles an annual report on its supervisory activity, on progress made in this activity and also on international security and cooperation.⁴⁶ The committee is convened at least once a year by BaFin's President and, in the event that one third of its members request it, each member has the right to contribute to the committee's advisory activity.⁴⁷

6.3 The Cooperation Between Supervisory Authorities

The WpHG provisions include a standard clause on the duties of cooperation between authorities charged with oversight of the securities market, cooperation which must be in place both on a national and international level. Section 7 of the law specifies a list of duties of cooperation with authorities that operate abroad: as regards supervision of financial instruments and markets, subsection 1 of section 7 states that BaFin must cooperate with the supervisory authorities of other Member States of the European Community and of the states which are parties to the Agreement on the European Economic Area.⁴⁸

⁴⁴ § 5 (1) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴⁵ § 5 (2) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴⁶ § 5 (3) Wertpapierhandelsgesetz – WpHG cit..

⁴⁷ § 5 (3) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

⁴⁸ § 7 (1) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit..

6.3.1. The German System and the International Cooperation

In the area of the international cooperation, reference should be made to the recent reform of the financial system under the system of the Basel Accords⁴⁹, that seek to extend the process of harmonisation and integration of supervisory principles, in particular the principle of cooperation between the bodies charged with supervision.⁵⁰ BaFin, which also participated in the drafting of the Basel principles, agreed to implement the accords.

Germany implemented the principles through enactment of primary and secondary legislation. Particularly worthy of mention is the *Kreditwesengesetz-KWG* amendment made by the legislative provision of 17 November 2006. It provides for a series of modifications relating to the requisites for appraising capital adequacy, the solidity of groups of institutions and of parent companies, to the specification of the matters subject to audit, and to the inspectional powers of BaFin.⁵¹

6.3.2 Cooperation at National Level

The forms of cooperation between national authorities include the agreements between BaFin, the German Federal Bank and the Federal Cartel Authority (Federal Competition Authority), as well as the need for exchange of information, including personal data, required in order to correctly fulfil supervisory duties.⁵²

Furthermore, still within the scope of national cooperation duties, there are historical ties between BaFin and the *Bundesbank*, whose involvement in the banking supervisory system is not only due to its development over time, but also to the nature of its duties. Although its objectives and tasks as Central Bank are not exactly the same as

⁴⁹ The Basel Accords (Basel I, Basel II, Basel III) are International agreements approved by the Basel committee, a ramification of the Bank for International Settlements (BIS), which also includes, in addition to the Basel Committee for Banking Supervision, the Committee on Global Financial Systems (CGFS) and the Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS). The provisions laid down at EU level regarding the need for integration in the field of supervision must necessarily be coherent with what has been decided, on an international level, by the Basel Committee. The Basel Committee constitutes an example, possibly the most important, of a regulatory network which cuts across national powers. For updates see <http://www.bis.org>, last visited in May 2013.

⁵⁰ M. Poto, *The System of Financial Supervision in Europe - Origin, Developments and Risk of Overruling*, in *EJRR, Symposium on the Financial Crisis in the Europe* (Part 2), n. 4/2011, p. 491 and ff.

⁵¹ Q3/2007, 3rd Quarter Edition 2007, http://www.bafin.de/bafinjournal/bq0703_en.pdf, last visited in May 2013.

⁵² § 6 (2) Wertpapierhandelsgesetz - WpHG cit.

those of banking supervisors generally, the objectives and activities of monetary policy and prudential supervision often overlap or complement each other in the financial sector.

This feature causes a particular kind of similarity - and sometimes an overlapping - of functions as regards the powers that should have been transferred to the central European system from 1 January 1999⁵³. The Banking Act of 1961 assigned to the Federal Banking Supervisory Office responsibility for supervision of credit institutions and - with the coming into force of the Sixth Amendment of the Banking Act - also of financial institutions.

The Federal Banking Supervisory Office took on the role of independent federal authority on 1 January 1962, charged with reporting to the Federal Ministry of Economy (and until the end of 1972, to the Federal Ministry of Finance). With the entry into force of the law on integrated supervision of financial services of 1 May 2002, the three different Federal Supervisory Offices responsible for oversight of banking, of insurance, and of securities trading were unified within a single authority assigned to supervision of the financial sector.

Because of its relations with credit institutions, its local presence and in general its proximity to market operations, the *Bundesbank* has always exercised considerable influence on the finance sector. It is no coincidence, in fact, that Section VII of the Banking Act provides for the involvement of the *Bundesbank* in banking supervision operations. *Deutsche Bundesbank* and BaFin still operate in concert today, according to their respective duties and functions, as specified by parliamentary act of agreement⁵⁴.

According to this agreement, most of the functions concerned with banking supervision are assigned to the *Bundesbank* because of its decades-long experience of supervisory activity in the financial market and payment operations sectors. In its activity of monitoring financial operations, it performs the functions of assessing the documentation and reports prepared annually by credit institutions.

BaFin, on the other hand, as successor to the Federal Banking Supervisory Office carries out a more secondary role in the banking sector: it is responsible for supervision

⁵³ See the opinion of the European Central Bank in http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/en_con_2007_32_f_sign.pdf, last visited in May 2013.

⁵⁴ http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relann/rel05/rel05it/rel05_indice.pdf, last visited in May 2013.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

of all measures of a financial nature (sovereign measures). Only in exceptional cases does it review audits of banking operations, on its own or together with the *Bundesbank*. Aside from the above mentioned supervision of credit institutions, the *Bundesbank* exercises a linking role because of its functions as Central Bank, in this way contributing to the stability of the financial system, in line with the provisions of the European System of Central Banks (ESCB). It performs important functions in: determination of general rules; supervision of banking operations, except for sovereign operations which, as previously explained, are the responsibility of BaFin; in prudential oversight of audits; and in the operations of cooperation and coordination in the sector of prudential supervision.

However BaFin's duties are not limited to performing sovereign functions, that is to say those operations authorising, monitoring and, if necessary, terminating the activity of credit institutions. They also extend to laying down guidelines of a general nature, which may consist of codes of conduct that the banks are obliged to follow, and rules about new financial services or services that hold risks. In addition its functions may also involve resolving problems related to banking and financial services, when they endanger the stability of institutional structures or when in some way they may jeopardise the economic system as a whole.

Also in the area of authority powers, there exists a duty of mutual cooperation between BaFin and the *Bundesbank*. This cooperation takes the form of the *Bundesbank's* participation in enactment of secondary legislation, in bank inspections, in international cooperation and coordination, and in the management of any crises in the sector.

With specific regard to cooperation in ongoing supervision of credit institutions, the law reforming supervisory authorities provides that BaFin is responsible for adopting administrative measures on the basis of the results of controls and of further monitoring carried out by the *Bundesbank*, which in turn acts in compliance with the guidelines issued by BaFin.

In extremely simplified terms, it may be said that ongoing supervision, generally carried by peripheral units of the *Bundesbank*, consists in: analysis of reports provided by credit institutions, of audit reports, and of documents related to annual accounts; carrying out and analysing the results of technical bank monitoring with the objective of judging the adequacy of capital reserves and of risk management procedures; and assessing the results of investigations.

In the area of inspectional supervision, the auditing companies play an important role: they draft detailed annual reports on the overall situation of intermediaries, and are also obliged to immediately inform BaFin if they discover evident irregularities in the financial system.

Moreover, BaFin may carry out extraordinary sector inspections; these are generally delegated to auditing companies or to the *Bundesbank*⁵⁵.

7 REGULATORY SUPERVISION AND INTERNAL AUDITS

The KWG regulates in detail the activities of credit institutions, in the area of regulatory supervision, causing significant reduction in the margins of discretionary power that the supervisory authority had in performing its activity.

The main competencies of BaFin as regards secondary legislation are clarification of prudential rules concerning capital adequacy and liquidity, as well as defining best practice in the internal organisation of the institutions which it oversees. As regards adequate capital resources of intermediaries, this is defined by the KWG. Further regulation is referred to BaFin, whose autonomy is limited on one hand by the provisions contained in the European directives, and on the other by the binding opinions of the *Bundesbank*.

Regulations on specific organisational duties for credit institutions were introduced by the sixth amendment to the KWG, in order to extend the possibilities of intervention on the part of authorities overseeing bank organisation. Article 25a, subsection 1, confirms the obligation of credit institutions to provide themselves with an adequate risk management system, with a well-organised structure, with an adequate control system, and with good information systems security.⁵⁶

Risk management has also been recently regulated through development of best practices that provide minimum standards for administration of the credit area and the credit process (*Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft- MAK*).⁵⁷ BaFin's purpose,

⁵⁵ Gesetz über den Wertpapierhandel, WpHG cit., Part. II, Sect. IV, § 3.

⁵⁶ BaKred, *Jahresbericht 2000*, 2001, 12 and ff.

⁵⁷ BaFin, 2002d, in www.bafin.de, last visited in May 2013.

in defining these practices, is to reinforce awareness of risks adopted by banks and to improve transparency.⁵⁸

The MAKs made definition of a credit risk strategy compulsory, as well as separation of operating functions from control functions, definition of the entire credit process, and monitoring of possible related risks.

8.CONCLUDING COMMENT

In the Federal Republic of Germany, traditionally characterised by a large number of banks, a low degree of concentration, and a strong public sector presence, regulatory policies have never aimed to have much effect on the structure of the banking system.

Therefore, among all the German supervisory authorities, there is no body that carries out a real function as leader in the banking system.

On this point, it has been stated that “BaFin’s lack of independence from political power, counterbalanced by the *Bundesbank*’s involvement in supervision, and consequent incomplete autonomy in carrying out supervision, seem to constitute important limitations to the institution’s capacity to act as the primary external interlocutor and central reference point of the whole banking system.”⁵⁹

The absence of new ambitions in terms of legislation, aimed at promoting increasing regulation of the market, shifts attention towards the external pressure of Community sources, currently viewed as one of the most effective factors stimulating modernisation of the entire system: “Since the 1990’s, European harmonisation has increasingly driven changes in banking regulation. The adoption of EU regulation required extensive amendments to the banking act. One important example is the adoption of the own funds directive and the capital adequacy directive [...], which led to a substantial increase in capital requirements for banks. Notwithstanding such adjustments, the amendments left the supervisory concept embedded in the banking act - imposing exposure limits relative to banks capital – intact”.⁶⁰

⁵⁸ Paragraph 7, Sect. 37 b WpGH 9 September 1998 cit..

⁵⁹ C. Di Capua, *Il sistema bancario tedesco* cit., 118.

⁶⁰ D. Domanski, *The impact of financial regulation on financial structures in post-war Germany*, in *Quaderni di Ricerche realizzati nell’ambito della ricerca «Verso un sistema bancario e finanziario europeo»*, a cura dell’Ente per gli Studi Monetari, Bancari e Finanziari Luigi Einaudi, n. 45, 2003, 10.

PART II**1 ON STATE LIABILITY**

The second part of the present contribution deals with the delicate aspect around the liability of the supervisory bodies, through the lens of the national legislator and the Court of Justice of the European Union.

In Germany, the system of State liability (*Staatshaftungsrecht*) is not grounded on a single regulatory structure; public administration liability is regulated through case law, which has built up through the application of positive law and which has relatively few regulations, fundamentally the provisions in § 839 of *Bürgerliches Gesetzbuch* (Civil Code, hereinafter BGB) and article 34 of the *Grundgesetz* (Constitution, hereinafter GG).⁶¹

In particular, § 839 BGB provides for the situation in which an official violates an official duty towards a third party wilfully or with gross negligence. In this case, s/he is obliged to provide compensation for any damage caused only if the injured party is not able to obtain compensation in any other way.⁶² The second subsection of the above section also extends the application of these rules to officials responsible for issuing decisions on a legal dispute. The third subsection specifies that this provision does not apply in cases in which the injured party negligently or wilfully failed to prevent the damage, not performing any specific remedy otherwise provided for by the law. Art. 34 GG provides that when a public official breaches an official duty that he holds towards a third party, the State or the public body for which he works is liable. Any action of recourse for offences committed wilfully or with gross negligence can be made in a civil court, as can damages claims.

In identifying possible situations of public administration liability in the German system, it is first necessary to take account of all cases of occurrence of liability for breaching norms which regulate the activity of those in authority. In this respect, distinction is made between:

⁶¹ F. Ossenbuel, *Staatshaftungsrecht*, München, V ed., 1998; K. Windhorst - H.D. Sproll- S. Detterbeck, *Staatshaftungsrecht*, München, 2000.

⁶² S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002, 309; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2004, §§ 25 and ff.; F. Schoch, *Amtshaftung*, in *Jura*, 1988, 585.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

a) *Amtshaftung* claims, based on the combined provisions of § 839 BGB and Art. 34 GG. As already mentioned, in order to combine these, there must be no grounds excluding and/or limiting liability (§ 839, I, 2 BGB cit., the so-called *Mitverschulden*, or presumption of *Versäumung der Rechtsmittel*, provided for by § 839 cit.). Such cases, to which the general time limits for damages claims apply (three years), must be heard by a civil judge, against the public administration, which may also bring a separate claim against the public official.⁶³

b) *Aufopferung* (literally “sacrifice”) claims; this type of claim is made in the event of alleged breach of any fundamental right, under Art. 2 II GG. Such claims may be brought in any cases in which there has been unlawful intrusion by state authorities in the legal sphere of a private individual, causing damage to him or her.⁶⁴

c) Claims for protection in cases of damage to property suffered as a result of unlawful removal on the part of the public administration, similar to expropriation.⁶⁵

d) Claims for termination of execution and performance and for elimination of consequences arising from unlawful action of the public administration, upon annulment or withdrawal of the order.

Naturally, more than one of these cases listed may occur together. Generally, nearly all of them may be brought alongside an *Amtshaftung* claim. For example, regarding the relationship between this type of claim and the action taken in the case of expropriation for public use, the law has established that it does not conform either with the specialty principle or with the subsidiarity principle, since the rulings they relate to have different characteristics.

The situation is different when it is possible to resort to restitutive remedies under d), where the general preclusive principle of the so-called “priority of the primary norm” (*Vorrang des primarrechtsschutzes*) finds application; it operates when determining relationships between the application of constitutive remedies (aimed at removing public

⁶³ H. Stoll, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in S. Patti (cur. by), *Annuario di diritto tedesco*, 2001, Milano, 169.

⁶⁴ O. Mayer, *Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen*, in *Sächsisches Archiv für Rechtspflege*, 1913, 11, and amplius in the three editions of the II volume of *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1896 (p. 345 and ff.), 1917 (p. 516 and ff.) and 1924 (p. 295 and ff.); see also W. Schmidt, *Die Aufopferung vermögenswerter Rechte*, *NJW*, 1999, 2847.

⁶⁵ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* cit., 709 and ff..

administration invalidity) and the actuation of compensatory remedies in the broad sense.⁶⁶

This approach does not seem to be unanimously shared by judiciary, in the sense that failure to resort to jurisdictional protection is often interpreted in terms of contributory negligence, so that the civil judge has to deal with the question of the legitimacy of the act. The most obvious case is that of liability for breach of official duties. The third subsection of § 839 of the BGB, as seen above, specifically stipulates that no compensatory obligation exists if the injured party negligently or wilfully has failed to perform a specific remedy.

2 ON SUPERVISORY BODIES LIABILITY

Liability of supervisory bodies for non-fulfilment of the duties assigned to them is very frequently based on provisions relating to unlawful conduct of public employees and officials, particularly for those bodies charged with oversight of the so-called sensitive areas.

As previously stated, according to Art. 34 GG, the administration is liable in all those cases in which a breach has occurred of official duties towards a third party.

As experts have pointed out, the notion of *Drittbezogenheit*, or breach of official duty, is central to issues regarding public administration liability.⁶⁷

⁶⁶ BVerfGE, 15 July 1981, in *BVerfGE* 58, 300. See W. Riefner, *Basic Elements of German Law on State Liability*, in J. Bell and A.W. Bradley, *Governmental Liability: a Comparative Study*, UKNNCL, 1991, 248, 260: «the consequences of this decision are as yet unclear. Initially some writers maintained that the entire concept developed under the notion of «quasi-espropriatory encroachment» should be abandoned. Later the view prevailed that the further development of the law on state liability could not simply be discontinued. In particular, the failure of the State Liability Act, which put off a possible reform to a remote future, made it impossible to imagine that one could go solely on the restricted basis of a fault related claim in tortious governmental liability».

⁶⁷ M. Clarich, *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Corte di cassazione n. 500/99*, in *Danno e resp.*, 2002, 346.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

In this regard, there is justification for coordination of provisions contained in Art. 34 GG with those in § 839 BGB, confirming the liability of public employees who, during the performance of the duties assigned to them, cause damage to a third party.⁶⁸

Once a “reflected” liability of the State for an action carried out by an employee in performing official duties has been established that the crucial issue is the need to identify those who are able to initiate legal proceedings in order to obtain remedy for harm suffered as a consequence of the public administration’s unlawful conduct.

It has been pointed out that, in the case of action taken by the body regulating the stock market, essentially aimed at safeguarding the public interest, a single individual was not granted the right to take legal action in order to protect his or her personal legal situation because the regulatory body’s action was not directed at him or her.⁶⁹

In the same way, in the area of finance, and especially in the credit and insurance sectors, German law long remained anchored to the idea that powers conferred by sector regulations on the supervisory authorities were aimed at the protection of the public interest, thus excluding the possibility that the authorities could be held liable towards a third party.

A complete change of judicial attitude occurred in 1979, when the Federal Administrative Tribunal, in two bank failure cases (*Wetterstein* and *Herstatt*⁷⁰), ordered that investors in a banking institution, who had suffered damage as a consequence of lack of supervision on the part of the Federal Office for Banking Supervision (*Bundesaufsuchstamt für das Kreditwesen*, hereinafter BKW), were entitled to take legal

⁶⁸ J. Hecker, *sub § 839 BGB*, in *Erman BGB 11. Auflage. Band II*, herausgegeben von

H. P. Westermann, Köln, 2004, 3132. See also Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Heidelberg, 2001.

⁶⁹ B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford, 1997, 904. “[T]he State’s activity cannot be engaged if the requirements of § 839 BGB are not satisfied. Looking at them, however, one sees clear signs of a protective philosophy which may have made sense at the turn of the century but which nowadays appears less convincing”.

⁷⁰ See BGH, 15 febbraio 1979, in *NJW*, 1979, 1354 e BGH, 12 luglio 1979, *ibidem*, 1879. M. Tison, *Challenging the Prudential Supervisor: Liability versus Regulatory Immunity*, Paper prepared for the *SUERF Conference «stability and efficiency of financial market in Central and Eastern Europe»*, Tallinn, 12-14 june 2003, 9.

action in order to obtain compensation for the losses arising from breach of the Office's duty to protect.⁷¹

Pronouncement of the liability of the credit supervisory authority was based on a strict interpretation of the 1961 Banking Law (*Kreditwesengesetz*), that enabled direct protection of investors considered as single users to be identified as one of the various aims of the law, and established the same law as a default rule for all cases not already provided for in a different manner under specific sector regulations.

The sudden increase in supervisory authority liability had such a disruptive effect within the German credit system that, in order to avoid the possibility of an overload in legal disputes which would have been difficult to manage, § 6 of the KWG was amended in 1984. This restored the original concept according to which all duties performed by supervisory authorities were exclusively aimed at protecting the public interest.⁷²

With this surprising backlash, the ability of investors to take legal action for liability against supervisory authorities was definitively repressed. Still today, only banks can start proceedings for liability under § 839 BGB and 34 GG, in cases in which they are the direct addressees of activity carried out by the supervisory body, and not in all cases where this activity is generally addressed towards the pursuit of the public interest.⁷³

3 SUPERVISOR'S LIABILITY AND EUROPEAN LAW

The ruling of the Court of Justice of the European Union of 12 October 2004, case C- 222/02 has played a key role in addressing the issue of the supervisor's liability.⁷⁴ The

⁷¹ A. Seban, *Le juge administratif doit-il retenir une faute lourde ou une faute simple pour engager la responsabilité de l'Etat à raison de la surveillance exercée par la Commission bancaire sur les établissements de crédit?*, in *Conclusions sous Conseil d'Etat, Assemblée 30 novembre 2001, n. 219562, Ministre de l'Economie et des finances c/ M. Kenichchian et autres*, on line www.rajf.org, last consulted in July 2013.

⁷² J. Horn, «Germany», in *Banking Supervision in the European Community. Institutional Aspects*, Brussels, Edition de l'ULB, 1995, 142. M. Tison, *Challenging the Prudential Supervisor* cit., 11 who states that the main objective of the provision is «to fend off liability claims in the future, by indicating that prudential supervision did not serve the protection of individual creditors.

⁷³ P. Ulmer, *Sub § 839 BGB*, in *Münchener Kommentar - Bürgerliches Gesetzbuch - Schuldrecht - Besonderer Teil III* herausgegeben von K. Rebmann - F.J. Säcker – R. Rixecker, München, 2004.

⁷⁴ See comments in *NJW*, 2004, 3479, in *Common Market Law Review*, 2005 f. 3, note by M. Tison, *Do not attack the watchdog! Banking supervisor's liability after Peter Paul*, in *Giur. it.*, 2005, 390, note by D. Siclari, *Drittbezogenheit del dovere d'ufficio, öffentlichen Interesse ed esclusione della responsabilità dell'autorità di vigilanza bancaria nell'ordinamento tedesco*, in *Foro it.*, 2005, IV, 101, in *Riv. it. dir.*

preliminary question, submitted to the Court of Justice in the case under consideration, dealt with the relationship between the German national legal system and directives on prudential supervision. It was raised by the *Bundesgerichtshof* (hereinafter, BGH) in a civil case brought by a private citizen who suffered damage as a result of the failure of a bank in which he had deposited his savings; he decided to sue the Federal Republic of Germany in order to recover compensation for the damage he sustained due to the German State's failure to implement Directive 94/19/CE on the deposit guarantee system.

The claimant argued that if the German State had implemented Directive 94/19/CE within the time limit specified (1 July 1995), the bank holding his savings would have had its authorisation to operate as a credit institution withdrawn well before it failed.

The directive confers on the *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* (Federal Office of Credit Institute Supervision) the task of adopting appropriate measures towards the credit institutions which do not comply with the obligation to be part of a deposit guarantee system, thus devolving to the above regulator the authority to adopt the necessary measures.

In this specific case, between 1991 and 1997 the claimant had made considerable deposits with the bank, which then failed, while the above directive, including the powers conferred on the BKW, only became part of the German legal system in August 1998.

The belated implementation of this directive, therefore, appeared to have impeded the introduction, on the part of the regulator responsible, of the necessary deposit protection measures.

During the final appeal, the BGH asked the European Court of Justice to verify compatibility with Directives 77/780, 89/299, 89/646, and 94/19, of Article 839 BGB, which declares that: “the public official who, wilfully or with gross negligence, violates the obligations of his office toward a third party must compensate the third party for the damage arising from his actions”; of Article 34 GG according to which “if a public official, in performing his functions, violates the obligations imposed by his office towards a third party, liability rests primarily with the State or with the institution where

pubbl. com., 2005, f. 3-4, note by M. Poto, *La Corte di Giustizia ed il sistema tedesco di vigilanza prudenziale: la primauté si scontra con il vecchio adagio ubi maior, minor cessat*.

the official is employed”; and especially of Article. 6, no. 4, of the *Gesetz über das Kreditwesen* (Law on Credit), which states that “the *Bundesaufsichtsamt* carries out the tasks assigned to it by this law and by other laws exclusively in the public interest”.

The court ruled that both Directive 94/19/CE, and the “system” arising from the combined dispositions of the directives mentioned above are not in contrast with the national disposition according to which supervision of credit institutions is carried out only in the public interest. This, therefore, means that national dispositions that exclude individuals from recovering compensation for damage caused by deficient supervision on the part of the relevant sector authority are compatible with Community law.

Two main points emerge thus far which the Court particularly emphasises: on the one hand, the fact that directives on supervision may not be interpreted in such a way as to confer on investors further rights compared to those guaranteed by the national legal system, in the event of unavailability of their deposits, with inadequate supervision on the part of the competent national authority. On the other hand, and as a direct consequence of such a conclusion, it is expressly stated that Directives 77/780, 89/299 and 89/646 are not in contrast with national law according to which the duties of the national supervisory authority as regards credit institutions are exclusively performed in the public interest, thus excluding individuals from the possibility of seeking compensation for damage caused by inadequate supervision on the part of this supervisory authority.

The issues dealt with by the Community judges are, therefore, of indisputable importance in terms of the relationship between national legislation and Community legislation. Although they are formally irreproachable in terms of correct application of Community principles concerning State liability for failure to implement directives, they nevertheless appear to raise some questions regarding correct application of the effective guarantee principle, at least as regards its practical repercussions on and its concrete applicability to legal situations involving addressees of the norms on supervision.

4 THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN LAW OVER BGH DECISIONS

The ruling of the Court of Justice of the European Union constitutes one of the central points around which the reasoning of a decision by the BGH was constructed; this related to rejection of a damages claim made by a group of deposit-holders against BaFin for negligent supervision. The investigation into the legitimacy of the compensation claim

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

by the aggrieved clients carried out by the German Supreme Court focused on analysis of the combined dispositions of § 6, par. IV of the KWG and of § 4, par. IV of the FinDAG and its compatibility with Community law on the one hand, and with national legislation on the other.⁷⁵

The damages claim had been made by a group of clients of the BVH-Bank, who, following a series of heavy losses in their deposits with this bank, initiated legal action against the Federal Republic of Germany; they claimed the direct involvement, and therefore liability for losses, of the credit supervisory Authority for negligent oversight of administration of banking operations⁷⁶.

On the other side, the defending *Bundesrepublik* based its defence on the argument that single individuals have no right to sue, since duty of care is to be performed solely for the protection of the public interest.

Furthermore, in the well-constructed presentation of its defence, the Federal Republic asserted the lack of grounds for all damages claims against the State for non-compliance with European duties, or *Staatshaftungsanspruchs* (also referring to the ruling of the Court of Justice of the European Union of 12 October 2004 c-222/02), as well as the groundlessness of the claimant's case based on the alleged breach of official duties on the part of the supervisory Authority (*Amtshaftungsgrundssätzen*).

In relation to the first point, the German argument makes reference to the decision of the Court of Justice, according to which three requirements must be fulfilled before the State can be held legally responsible for non-compliance with Community directives, and therefore before an individual's damages claim can be considered legitimate: 1) the regulation which is considered to have been breached must specifically recognise the status of individuals; 2) the unlawful conduct must consist in violation of that regulation;

⁷⁵ V. BGH, urteil vom 20.1.2005, III ZR 48/01 (OLG Köln), in *NJW*, 2005, 11.

⁷⁶ The judgment incipit states: «Die Kl. Haben ihren Schaden darauf zurückgeführt, dass das Bundesaufsichtsamt (the Supervisory Authority) seinen Aufsichtspflichten nicht hinreichend nachgekommen sei (was negligent in its supervisory tasks) und nicht zu einem früheren Zeitpunkt Maßnahmen nach §§ 6 III, 33, 45, 46 KWG ergriffen habe» (and has not taken decisions according to §§ 6, III, 33, 45, 46 KWG).

3) the existence of a causal relationship between the unlawful conduct and the damage claimed must be proved.⁷⁷

The German reasoning is founded specifically on the basis of the established non-existence of an explicit provision of this kind in the European legislation, confirmed by the Court of Justice's ruling which, as already mentioned, in the ruling of 12 October 2004 rejected the possibility of interpreting directives concerning supervision as directly awarding rights to deposit-holders, in the event of unavailability of their deposits, when claiming negligent supervision on the part of the national supervisory authority.

From this, Germany argued that the supervisory authority acts for a purpose which may only be considered as being aimed at the protection of public interest.

The second point of the German defence scrutinises the difficulties connected with a possible "system fault", an analysis which, in the opinion of the Federal Republic of Germany, can only result in the demonstrated non-existence of any possible liability. For this to exist, the claimant would have to prove the actual existence of a regulation recognising that their legal position was entitled to protection: an *Interesse* that is not, however, *öffentliche*, but rather purpose-oriented («nach dem Zweck»)⁷⁸.

Indicating the content of Parliamentary proceedings concerning the approval of the 1984 financial law (KWG of 20.12.1984)⁷⁹ and also the interpretation provided by the BGH,⁸⁰ the defending public administration referred to their interpretation of § 6, par. III

⁷⁷ See § I.1 judgm. cit.. On the relationship between EU Law and German law, see F. Mayer, *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system*, Heidelberg, 24-27 febbraio 2003, Jean Monnet Working paper, n. 9, 2003. More in general on the compliance with the EU law see W. Van Gerven, *The ECJ's recent case-law in the field of Tort Liability, towards a European Ius Commune* and M. Fierstra, *The Significance of the Francovich Jurisprudence for the National Courts*; G. Krohn, *Government Liability in Germany for infringement of Community Law*, published in R.H.M. Jansen, D.A.C. Koster, R.F.B. Van Zutphen, *European Ambitions of National Judiciary*, The Hague, 1998, 91, 111, 119.

⁷⁸ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895; V.R. Tezner, *Die Deutschen Theorien der Verwaltungsrechtsplege, Separatabdruck aus dem Verwaltungsarchiv*, Berlin, 1901; R. Von Laun, *Das Freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 1910, in part. p. 61 and ff.; W. Horstmann, *Das öffentliche Interesse und seine Vertretung vor den Verwaltungsgerichten, Inauguraldissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1938.

⁷⁹ V. Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Dr 10/1441, 20). See also BGH, Urteil vom 2.6.2005 III ZR 365/03, in www.recht-in.de, last consulted in June 2013.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 15.2.1979, III ZR 108/76 (München), in *NJW*; Heft 27, 1354, BGH, Urteil vom 12.7.1979, III ZR 154/77 (Köln), in *NJW*; Heft 37, 1879.

KWG, according to which the supervisory authority, in fulfilling its official duties that include, along with other activities, supervision over the transparency and correctness of accounts, acts in the public interest (point 2, paragraph I).

The above defence of the public administration was accepted by the BGH, and consequently the damages claim advanced by the deposit-holders was rejected.⁸¹

5 CONCLUDING COMMENT

To sum up, the law regarding the liability of supervisory authorities in the German system seems to be based on the use of a well-defined criterion that distinguishes between regulations which provide for only *öffentliche Interesse* in the legitimacy of public administration activity, and regulations in which, on the contrary, interest seems to be defined according to the specific purpose that the public administration aims to pursue (*Interesse nach dem Zweck*).⁸²

Precisely with reference to the relation between *Interesse nach dem Zweck* and the legal position of individuals upheld by the court, the so-called “personal” public law (*das subjective Öffentliche Recht*), it is reasonable to consider the BGH’s decision as an element which perfectly fits into the mosaic of the protection of the personal position of individuals in the German system.

In line on this matter with a well-consolidated jurisprudential approach, defining “personal” public law «*die dem einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtmacht, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können*»⁸³, legal scholars identify a specific connection between the individual’s personal position and the need for the public authorities to behave in a certain way (“*bestimmt Verhalten*”) in the pursuit of the public interest (“*zur Verfolgung eigener Interessen*”).

This leads to the very clear definition of the features of *öffentliche Interesse*.⁸⁴ intrinsic to it is a specific objective (“*der Zweck*”) which the law identifies, and which at

⁸¹ § 3 urteil BGH, 20.1.2005 cit..

⁸² BGH, Urteil vom 18.2.1999, III ZR 272/96 (Koblenz), in *NVwZ* 1999, Heft 6, 689, also in *NJW*, 1999, 2275.

⁸³ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2004, in part. p. 163 and ff., See also G. Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Interesse*, Tübingen, 1919; R. Rainer, *Die doppelte Abhängigkeit des subjectiven öffentlichen Rechts*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, 641.

⁸⁴ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* cit., in part. p. 166.

the same time constitutes the specific objective in public action and the basis for the individual's claim regarding that action.⁸⁵

As a consequence, is the legitimate expectation of the private citizen to receive protection in the event that a breach of a legal disposition should occur. Hence the statement regarding the practical aspect of “personal” public law, which is based on the possibility of jurisdictional monitoring of the same.⁸⁶

CONCLUSION

The outcome of the research provides the impression that Germany has resisted to the financial crisis in virtue of a consolidated regulatory structure, where the abstract characteristics of independence and liability have been replaced by a collaborative dependence with substantial democratic guarantees and by an accepted immunity in case of damages. This shows how the European rules have been accommodated in the German framework and not always literally translated into legislative and operative choices.

Interestingly enough, the option for an integrated model, with an authority acting as a branch of the Ministry of Finance, but formally independent in determining its policies, and closely cooperating with the *Bundesbank* at national level, seems to have been the winning choice, at least in times where all the financial structures have collapsed elsewhere, like cards castles⁸⁷.

It is not a surprise for the legal scholar to assist to scandal-driven attempts to reform. It has been observed that “there has been a substantial activity in reviewing and reforming financial regulation after the global financial crisis. But arguably, much of the

⁸⁵ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* cit., 68.

⁸⁶ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* cit., 164. See also Mahendra P. Singh, *German Administrative law in Common Law Perspective*, cit., 253.

⁸⁷ See K. Davis, *Regulatory Reforms Post the Global Financial Crisis: An Overview. Report prepared for the Melbourne APEC Finance Centre*, Australian APEC Study Centre

at RMIT University, in http://www.apec.org.au/docs/11_CON_GFC/Regulatory%20Reform%20Post%20GFC-%20Overview%20Paper.pdf, last visited in May 2013. On the regulatory attempts after the financial crisis see also E. Engobo, R. Ako, P. Okonmah, L. Ogechukwu, *Corporations, CSR and Self Regulation: What Lessons from the Global Financial Crisis?*, in *German Law Journal*, 1 February 2010, p. 230 and ff..

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

activity, while in the right direction, lacks a compass provided by rigorous theory of how financial markets operate.”⁸⁸

As regards its financial regulatory framework, Germany seems to have found its compass in the strategy to maintain the existing structures (a branch of the Ministry of Finance; the Bundesbank) and rely on their solid accountability and on their role as key negotiators in the respective international bodies.

Though never expressly said, the political independence of the regulatory bodies has been pushed into the background for the sake of the democratic principle.

Likewise, for the liability rules, the choice has been to limit them within the borders of the general public interest. As a result, in the absence of a specific and targeted duty of care, the supervisory authority is immune from claims by third parties, which is quite a unique feature among the supervisory authorities in the EU.⁸⁹

The study has provided an overview on the German option to trust the national inner wisdom in regulating the financial system, which led the country into a phase of financial predominance in the European arena

REFERENCES

CASE C-518/07. European Commission v. Federal Republic of Germany, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 9 March 2010 [2010] ECR I-1885; in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1755-1768.

CLARICH, M. *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Corte di cassazione n. 500/99*, in *Danno e resp.*, 2002, 346.

DANN, M. V. Engelhardt, *The Global Administrative Order through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany*, in *German Law Journal*, 1 July 2011, p. 1383.

⁸⁸ K. Davis, *Regulatory Reforms* cit., p. 39.

⁸⁹ R. J. Dijkstra, *Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union*, *Journal of European Tort Law*, 2012, 3, 346, in part. 368: “Only two member states, Germany and Austria, grant immunity to their financial supervisory authorities”.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

DEHLINGER, K.D. *Vertragliche Marktsegmentregulierung an Wertpapierbörsen*, Baden Baden, 2003.

DI CAPUA, C. *Il sistema bancario tedesco*, in *Quaderni di Ricerche realizzati nell'ambito della ricerca «Verso un sistema bancario e finanziario europeo»*, a cura dell'Ente per gli Studi Monetari, Bancari e Finanziari Luigi Einaudi, n. 56, 2003.

DIJKSTRA, R.J. *Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union*,

Journal of European Tort Law, 2012.

DOMANSKI, D. *The impact of financial regulation on financial structures in post-war Germany*, in *Quaderni di Ricerche realizzati nell'ambito della ricerca «Verso un sistema bancario e finanziario europeo»*, a cura dell'Ente per gli Studi Monetari, Bancari e Finanziari Luigi Einaudi, n. 45, 2003, 10.

EUROPEAN COMMISSION. *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by J. de Larosière*, Report, Brussels, 25 February, 2009: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, last visited in May 2013.

HORN, J. «Germany», in *Banking Supervision in the European Community. Institutional Aspects*, Brussels, Edition de l'ULB, 1995.

HORSTMANN, W. *Das öffentliche Interesse und seine Vertretung vor den Verwaltungsgerichten, Inauguraldissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1938.

MARKESINIS, B.S. *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford, 1997.

MAYER, O. *Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen*, in *Sächsisches Archiv für Rechtspflege*, 1913.

MWENDA, K. K. *Legal aspects of Unified Financial Services Supervision in Germany*, in *German Law Journal*, 2003, 4, 10.

POTO, M. *The System of Financial Supervision in Europe - Origin, Developments and Risk of Overruling*, in *EJRR, Symposium on the Financial Crisis in the Europe (Part 2)*, n. 4/2011, p. 491.

RAINER, R. *Die doppelte Abhängigkeit des subjectiven öffentlichen Rechts*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, 641.

RUDOLF, B. *The enforcement of Judgements against Public Authorities in the Federal Republic of Germany*, *European Public Law*, 2001.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

SCHIEDERMAIR, C. *European financial supervisors cooperate across sector boundaries*, publicado in Q3/07, *Bafin Quarterly*, 3rd Quarter Edition 2007.

SCHMITT, Carl. *Das Problem der innerpolitischen Neutralitaet*, now in *Verfassungsgericht Aufsätze aus den Jahren 1924-1925*, Berlin, 1958, 41.

SCHÜLER, M. *Integrated financial supervision in Germany*, 2004, ZEW Discussion Papers 04-35.

SINGH, P. *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Heidelberg, 2001.

STOLL, H. *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in S. Patti (cur. by), *Annuario di diritto tedesco*, 2001, Milano, 169.

TISON, M. *Challenging the Prudential Supervisor: Liability versus Regulatory Immunity*, Paper prepared for the SUERF Conference «stability and efficiency of financial market in Central and Eastern Europe», Tallinn, 12-14 june 2003.

ULMER, P. *Sub § 839 BGB*, in *Münchener Kommentar - Bürgerliches Gesetzbuch - Schuldrecht - Besonderer Teil III* herausgegeben von K. Rebmann - F.J. Säcker – R. Rixecker, München, 2004.

VAN AAKEN, A. *Independent Administrative Agencies in Germany*, in www.dirittoamministrativo.jus.unitn.it, last visited in April 2013.

Submetido em 30/06/2020

Aprovado em 27/08/2020

O PROJETO DE LEI N. 3515/2015 COMO POLÍTICA PÚBLICA DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

THE BILL N. 3515/2015 AS A PUBLIC POLICY TO MITIGATE THE ECONOMIC EFFECTS OF THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL

Patrícia Durante^ILúcia Souza d'Aquino^{II}**RESUMO**

A pandemia causada pela Covid-19 tem alterado significativamente a dinâmica social, gerando impactos não apenas na área da saúde, como também nas relações de consumo. Com o agravamento da crise econômica no Brasil, aumenta-se, conseqüentemente, o superendividamento dos consumidores, sendo essa uma situação que compromete seu mínimo existencial e, dessa forma, sua dignidade humana. O presente estudo busca abordar, num primeiro momento, como a pandemia agravou e ainda agrava o superendividamento das famílias brasileiras e, na segunda parte, apresenta algumas soluções propostas no âmbito

ABSTRACT

Abstract: The pandemic caused by Covid-19 has significantly changed the social dynamics, creating impacts not only in the health system, but also in consumer relations. As the economic crisis in Brazil goes worse, the over-indebtedness of consumers consequently increases, which is a situation that compromises their existential minimum and, thus, their human dignity. The present study aims to address, at first, how the pandemic worsened and still exacerbates the over-indebtedness of Brazilian families and, in the second part, presents some proposed solutions in the legislative scope to mitigate the problem. The greatest

^I Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especializanda em Direitos Difusos e Coletivos na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada

^{II} Doutora em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université de Savoie-Mont Blanc/UFRGS. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito e Maternidade - IBDMater

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

legislativo para mitigação do problema. Considera-se como de maior contribuição o Projeto de Lei n. 3515/2015, o qual dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento no Brasil, alterando-se a lógica de irresponsável oferta de crédito e intransigente postura em renegociações de dívidas. O método adotado será o dedutivo, partindo da problemática do superendividamento e caminhando rumo ao PL como política pública de mitigação de efeitos da pandemia. Ao final, conclui-se ser o projeto adequado e eficaz no cenário apresentado, sendo sua aprovação uma questão de saúde e política pública.

PALAVRAS-CHAVE

Pandemia. Covid-19. Superendividamento. Projeto de Lei n. 3515/2015.

KEYWORDS

Pandemic; Covid-19; Over-indebtedness; Bill no. 3515/2015.

1 INTRODUÇÃO

Desde o fim do ano de 2019, o mundo assiste ao alastramento da doença ocasionada por uma das variedades do coronavírus, à qual foi dado o nome de Covid-19. Inicialmente com baixa letalidade, mas alto contágio, foi declarado emergência de saúde pública de importância internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 30 de janeiro de 2020 (WHO, 2020c) e, em 11 de março, foi classificado como uma pandemia (WHO, 2020b). Até o dia 29 de junho de 2020, a doença já havia contaminado 10.201.401 pessoas no mundo e ocasionado 499.913 mortes (WHO, 2020a).

No Brasil, o Decreto Legislativo n. 6 reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública (BRASIL, 2020a). Até o dia 29 de junho, eram 1.368.195 casos confirmados e 58.314 mortos (OLIVEIRA; BORGES; BEDINELLI, 2020). Entre as recomendações para a prevenção de contágio estão o distanciamento social, que implica em evitar ao máximo sair de casa, e ter contato com outras pessoas (IFF, 2020).

Tal situação ocasionou uma desaceleração na economia, que vem apresentando uma onda de recessão sentida mais especialmente pela população mais pobre (MUÑOZ, 2020). Marques, Bertonecello e Lima (2020) preveem que a crise terá forte impacto, sobretudo nos trabalhadores informais e de baixa renda.

Dessa forma, tornam-se necessárias medidas de mitigação de tais efeitos, o que é objeto do presente trabalho. A partir do cenário do superendividamento no Brasil e de suas peculiaridades no momento da pandemia, será abordada a importância de políticas públicas para auxílio no combate aos efeitos da crise, com enfoque especial no projeto de lei de prevenção e tratamento do superendividamento (PL 3515/2015).

O problema de pesquisa do presente artigo, portanto, é o Projeto de Lei n. 3515/2015 como política pública de mitigação dos efeitos do superendividamento sobre os consumidores brasileiros. Para abordá-lo, será adotado o método dedutivo, partindo da situação geral do superendividamento no Brasil para as especificidades do Projeto de Lei, em um procedimento que será também histórico e dialético.

Passa-se, assim, a abordar o superendividamento e suas consequências na realidade da população brasileira.

2 O CENÁRIO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL E OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19

O endividamento das famílias tem sido uma constante na sociedade de consumo atual, especialmente focada na concessão de crédito e em uma felicidade relacionada ao consumo, ideia reforçada por técnicas publicitárias agressivas que garantem o acesso ao bem-estar por meio da aquisição de bens e serviços. O superendividamento, situação extrema de endividamento crônico (WODTKE; SCHMIDT NETO, 2015, p. 40), encontra previsões no direito norte-americano (*overindebtedness*), alemão (*Überschuldung*), português (sobreendividamento) e latino-americano (*sobreendeudamiento*), além de ser abordado pela doutrina brasileira, de que são expoentes Marques e Cavallazzi (2006).

O superendividamento, para além de uma situação meramente econômica, é também um fenômeno social, que atinge a pessoa física que contrai crédito de boa-fé, vendo-se posteriormente impedida de quitar seus débitos e manter seu sustento e de sua família (CARPENA, 2010, p. 232), assunto que passará a ser tratado nas linhas seguintes.

2.1 Superendividamento da população brasileira

A configuração atual da sociedade é baseada no consumo, fato inegável. Entretanto, esse consumo não está atrelado tão-somente à satisfação de necessidades básicas do indivíduo. As ciências sociais têm fornecido importantes elementos para a compreensão dessa sociedade.

Baudrillard (2005) ressalta o valor de signo contido nos objetos, cuja posse confere status, e tal afirmação foi imprescindível para as análises posteriores a respeito do consumo e da posição dos indivíduos. Assim, as mercadorias atualmente são “concebidas não apenas como objetos que viabilizam a satisfação de necessidades e desejos, mas como “senhas” que possibilitam identidade, pertencimento e reconhecimento social”, fazendo com que o consumo seja considerado “motor e motriz das relações sociais” (HENNIGEN, 2010, p. 1177).

Bauman (1999) também relaciona consumo e exclusão. Segundo o autor, as desigualdades sociais foram aprofundadas pela sociedade de consumo, condenando todos a uma vida de opções, com a ressalva de que nem todos têm os meios de ser optantes, tornando a capacidade de consumir um critério de inclusão – ou exclusão – social. A

sociedade de consumo interpela seus membros, julga-os e os avalia especialmente por sua conduta e capacidade enquanto consumidor. Por um lado, há os consumidores experientes, que consomem e descartam em alta velocidade e frequência e que estão sempre prontos a movimentar a economia. Por outro lado, há os consumidores “falhos ou fracassados” (HENNIGEN, 2010, p. 1178), que não possuem tais capacidades e condições, e para eles a exclusão é uma realidade (BAUMAN, 2007).

No Brasil, a realidade não é outra. Após anos de recessão e inflação, mudanças na estrutura social e econômica do país reduziram as desigualdades, ocasionando um aporte de consumidores ao mercado, desenvolvimento de novas empresas, crescimento de formalização de negócios e empregos, o que indicava uma perspectiva promissora para a economia, levando o país a ser incluído no BRICS, “grupo político também formado por Rússia, Índia, China e, posteriormente, África do Sul, que compartilhavam índices de desenvolvimento e situação econômica parecidas.” (REYMAO; OLIVEIRA, 2016, p. 168)

Essa situação foi denominada de novo desenvolvimentismo, centrada na ideia de que as políticas econômicas adotadas no Brasil a partir de 2003 formam um novo modelo de desenvolvimento, “caracterizado por uma política de estímulo ao crescimento acompanhada de uma política distributiva, o que importava uma nova dinâmica para a economia brasileira.” (REYMAO; OLIVEIRA, 2016, p. 169-170)

Essa nova política, então, favoreceu a concessão de crédito e a saída de famílias das classes D e E para a classe C, representando a inclusão de uma parcela significativa da população no mercado do qual sempre se viu excluída. Infelizmente, não houve uma educação para o consumo acompanhando essa inclusão, o que favoreceu um crescimento exponencial da tomada de crédito pelos novos consumidores.

Entre as principais fontes de endividamento está o crédito ao consumo, definido como “um sistema de financiamento, por meio de crédito direto concedido pelo comerciante, mas sobretudo por financeiras, bancos e cartões de crédito. Em todos os casos, o consumidor tende a transformar-se no cliente, que mantém relações continuadas, permanentes muitas vezes.” (LOPES, 1996)

Lopes (1996) relembra, citando Benjamin, a situação particular de países subdesenvolvidos (denominação antiga para os atuais países em desenvolvimento, o que é o caso do Brasil): há a distinção entre problemas de qualidade e de disponibilidade de

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

bens e serviços. Nesse sentido, a proteção do consumidor estaria voltada para o primeiro, mas não para o segundo, demonstrando uma inadequação, eis que em países pobres não são raros os problemas de acesso físico aos bens e serviços. Assim, refere que há nessas sociedades um problema por ele denominado “integração econômica das massas, ou extensão da cidadania econômica (de um certo ponto de vista). Há uma política do consumidor, ao lado de um direito de defesa do consumidor.” (LOPES, 1996)

Nas últimas décadas, aliado a uma política de expansão do crédito e estabilização da economia, o Brasil presenciou um aumento no número de endividados, influenciado especialmente pelo fornecimento de crédito, eis que, em uma sociedade hedonista como a brasileira, “comprar se tornou uma atividade recreativa e terapêutica em que já não há mais necessidade de economizar antes de comprar” (MOREIRA; BARBOSA, 2018).

Juridicamente, o endividamento se compõe pelo conjunto dos débitos de uma família, não importando se possuem origem em apenas uma dívida ou em diversas dívidas simultaneamente (situação denominada de multiendividamento). Por si só, o endividamento não é um problema “quando ocorre num ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros, e, sobretudo se não atingir camadas sociais com rendimentos próximos do limiar da pobreza” (LIMA; BERTONCELLO, 2010, p. 26). Assume, entretanto, uma dimensão “patológica, com repercussões econômicas, sociais, psicológicas e até médicas, quando o rendimento familiar não é mais capaz de suportar o cumprimento de compromissos financeiros” (LIMA; BERTONCELLO, 2010, p. 27).

A situação crônica e extrema de endividamento, denominada pela doutrina brasileira de superendividamento, é definida por Marques (2005, p. 11) como “a impossibilidade do devedor pessoa física, de boa-fé, arcar com o pagamento de todas suas dívidas, atuais e futuras, sem comprometer o mínimo existencial, (excluídas as dívidas com Fisco, oriunda de delitos e de alimentos)” (MARQUES; CAVALLAZZI, 2006), ocasionando uma “falência civil: a morte do homo economicus.” (LIMA; FERREIRA, 2015, p. 5)

Leitão Marques (*apud* WODTKE; SCHMIDT NETO, 2015) classifica os casos de superendividamento, com base na jurisprudência francesa e os trabalhos preparatórios da Lei Neiertz (como a lei francesa 89-1010, de 31-12-1989, que trata o superendividamento, é conhecida), em passivo e ativo, sendo este ainda dividido em consciente e inconsciente.

Assim, o superendividamento ativo decorre da acumulação voluntária – e em excesso – de dívidas, em razão da má gestão financeira do tomador de crédito, que contrai débitos mais elevados do que sua capacidade de adimplemento. Ele é consciente quando o devedor age de má-fé desde a contratação, quando já tem ciência de que não poderá pagar suas dívidas, situação que, segundo a autora, caracteriza hipótese de impossibilidade de auxílio estatal pela falta do elemento da boa-fé. O superendividado ativo inconsciente, por sua vez, contrai as dívidas em regra de forma impulsiva e imprudente, superestimando sua capacidade de adimplemento, cedendo aos estímulos ao consumo e desejando produtos e serviços não condizentes com o seu padrão de vida. Nesse caso, fazem-se necessárias investigações a fim de verificar a existência de boa-fé por sua parte.

No superendividamento passivo, entretanto, ocorre uma situação externa e imprevista que impossibilita o devedor de pagar seus débitos, não uma mera incapacidade de gestão de seu patrimônio e rendimentos ou má-fé. Sua situação, em geral de vulnerabilidade agravada, faz com que opte pela utilização crescente de crédito. Marques e Cavallazi (2006) afirmam que “no caso do superendividamento passivo, a causa não é o abuso ou má administração do orçamento familiar, mas um acidente da vida como desemprego, redução de salários, divórcio, doenças, nascimentos, acidentes, mortes”, situação em que, dada a imprevisibilidade dos fatos geradores da tomada de crédito, os mecanismos de prevenção não surtem efeito. É sobre esses devedores que devem recair as políticas estatais de prevenção e tratamento.

Assim, a boa-fé surge como elemento e requisito balizador das políticas de prevenção e tratamento do consumidor superendividado, eis que atuam como “critério na efetivação dos ditames constitucionais relativos à ordem econômica, compondo interesses contraditórios, harmonizando as relações de consumo.” (CARVALHO, 2011)

Ainda que se trate de um fato individual, o superendividamento possui consequências que ecoam para toda a sociedade de forma sistêmica e cada vez mais evidente. A economia de mercado adotada pelo Brasil, segundo Marques (2010), é mais uma economia de endividamento do que de poupança. Assim, com o aumento da oferta de crédito pelo novo desenvolvimentismo, houve o favorecimento do superendividamento de um grande contingente de cidadãos, eis que não há, por parte dos fornecedores, a prestação de informação adequada, precisa e objetiva que propicie um

consumo consciente. Assim, torna-se inviável uma política de juros menos agressiva, crédito concedido de forma consciente e de educação dos consumidores a respeito das consequências da tomada de crédito.

Assim, as consequências da falta de educação para o consumo e das práticas irresponsáveis tomadas pelos fornecedores acarretam danos tanto aos consumidores individualmente considerados quanto à sociedade como um todo, impedindo práticas menos abusivas no mercado de crédito e causando danos inclusive nas relações familiares e na saúde física e psicológica dos consumidores (LIMA, 2014). Ademais, somam-se também efeitos econômicos em termos de perda de produtividade, eis que as preocupações dos superendividados acabam por ferir sua liberdade e ocasionar uma queda de capacidade produtiva (SOARES, 2013).

Esses efeitos certamente são sentidos no país, que possuía, em 2019, 63 milhões de inadimplentes, dos quais 32 milhões eram considerados superendividados (LEWGOY, 2019). Entretanto, diante da atual situação vivida pelo país e pelo planeta, há um agravamento da situação, conforme se passa a abordar.

2.2 Pandemia e reflexos sobre o endividamento dos consumidores

A ocorrência de ondas revolucionárias que trouxeram impactos nos modos de vida e de organização “político-econômica das distintas sociedades, repercutindo assim em trajetórias com formações históricas específicas, tensionadas por dinâmicas polarizadas no espaço e no tempo por tendências estruturais contrastantes, tanto, de evolução, quanto, de involução” não é uma novidade. Houve ondas positivas, com expansão populacional (revolução agrícola, que permitiu ao homem a fixação em território e abandono do nomadismo; revolução industrial, que ampliou sistemas de produção e consumo; e revolução informacional, que tem alterado a “conformação de uma dinâmica pós-moderna fundamentada em dinâmicas cada vez mais fluidas” (TOFLER, 1981). Houve ainda ondas consideradas negativas, marcadas por uma contração populacional, marcadas por ondas bélicas e ondas de pragas e pandemias (SENHORAS, 2020, p. 31). Atualmente, o mundo encontra-se definitivamente no segundo caso.

A decretação do estado de emergência internacional, ocorrida pela 6ª vez desde 2009, demonstra uma resposta rápida da WHO à crise atual, fruto de aprendizado ocorrido nos últimos anos com a gripe aviária, MERS e SARS. (SENHORAS, 2020, p. 33)

Entretanto, em que pese a importância de tais medidas, elas não são suficientes para mitigar totalmente os efeitos decorrentes da pandemia. Além de uma crise de saúde e sanitária, seus efeitos podem ser observados em todos os campos da sociedade: cultura, educação, trabalho e economia.

Estes dois últimos, em uma união indissociável, apresentam reflexos importantes no país. Com a adoção de medidas de isolamento e a cessação acentuada de atividades laborais, o que se tem observado é uma queda no rendimento econômico da população, especialmente entre os trabalhadores da área de prestação de serviços e aqueles trabalhadores informais e autônomos. De mãos dadas com a queda no rendimento, anda a queda no consumo, motivada, entre outros fatores, pelas incertezas em relação à duração da pandemia e ao tempo necessário para a recuperação dos rendimentos.

Ademais, a queda brusca de rendimentos trouxe consigo um aumento do endividamento das famílias. Segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), o endividamento das famílias atingiu 67,1% em junho, maior patamar desde que começou a ser computado, em 2010. Entre os motivos apontados para o aumento está a necessidade das famílias com ganhos de até 10 salários mínimos de recorrerem ao crédito para recompor seus rendimentos, pagar dívidas e manterem seu sustento nesse momento de pandemia (MENEZES, 2020).

De acordo com Timm, o superendividamento atinge milhões de consumidores e se torna “ainda mais dramático e imprevisível com a crise do Covid-19 e seus efeitos, como a perda de emprego ou de fontes de renda usuais, exacerbando a vulnerabilidade do consumidor, o que exige uma atuação “urgente e efetiva do Poder Público para não apenas harmonizar as relações de consumo, mas permitir o resgate dos consumidores superendividados ao mercado de consumo e, desse modo, beneficiar a própria economia nacional”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020)

Marques e Pfeiffer (2020), por seu turno, relembram que os acidentes da vida mais comum a gerarem o superendividamento são as doenças e a redução de renda e desemprego, fatores esses que se encontram combinados e potencializados na crise atual, havendo um aumento no risco de crescimento do superendividamento das famílias, especialmente porque a crise econômica tende a ser mais duradoura que a sanitária. Essa vulnerabilidade agravada dos consumidores também os torna mais propensos a aceitar ofertas de crédito desleais e excessivamente onerosas, o que demanda uma atuação firme

e pontual do Poder Público na proteção da população e na manutenção do equilíbrio das relações de consumo, princípio da Política Nacional das Relações de Consumo positivado no art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, de se avaliar quais medidas podem – e devem – ser tomadas pelo Poder Público nesse sentido, o que se passa a debater no tópico a seguir.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Frente ao aumento do superendividamento pela pandemia de coronavírus, conforme demonstrado na primeira parte, esforços têm sido empregados pelas mais diversas figuras do poder público a fim de combater o atual problema e evitar seu futuro agravamento.

Nesse sentido, o direito do consumidor apresenta-se como um caminho de possibilidades para a prevenção e o tratamento do superendividamento dos consumidores, tanto na atual pandemia como nas situações regulares da vida.

Entre essas possibilidades, o Projeto de Lei n. 3515/2015 apresenta-se como a mais indicada saída para a regularização da cena econômica dos consumidores e sua reinserção no mercado de consumo, o que agora se pretende demonstrar.

3.1 Defesa do consumidor como política pública

Conforme ensina Bucci (2006, p. 1), as políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, tendo como campo de interesse as relações entre a política e a ação do Poder Público. Nesse sentido, cabe destacar que a política aparece aqui como uma atividade, ou seja, como um conjunto de normas e atos voltados à concretização de determinado objetivo (COMPARATO, 1998, p. 45). Ademais, Siqueira Júnior (2012) define o termo "política pública" como o conjunto de metas, planejamento e realizações de que o governo faz uso a fim de efetivar o modelo de Estado definido no texto constitucional.

No contexto do Estado Social Democrático de Direito, pode-se depreender que as políticas públicas operam essencialmente no campo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, também chamados de direitos sociais, uma vez que se busca uma atuação positiva do Estado para que eles sejam efetivados. Assim, deve o ente estatal empenhar-

se em prol da coletividade, desenvolvendo um planejamento estratégico que envolva prioridades e metas governamentais. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2012)

Para tanto, é necessário seguir um processo de elaboração de políticas públicas. Segundo Secchi (2013, p. 43), o início para tal é a identificação do problema público, sendo este entendido como "a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública."

No caso do direito do consumidor, o problema público identificado foi a desigualdade de posições entre o consumidor e o fornecedor, geradora da vulnerabilidade daquele perante este. Fala-se, novamente, sobre o campo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, uma vez que se buscou a igualdade formal e material entre as figuras da relação de consumo. Para isso, foi necessário limitar, em certa medida, a liberdade de alguns, impondo uma maior solidariedade no mercado e assegurando direitos indisponíveis àqueles considerados mais fracos. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017)

Cabe ressaltar que a doutrina reconhece quatro espécies de vulnerabilidade que justificam o tratamento conferido aos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC): a vulnerabilidade técnica, que corresponde à ausência de conhecimento específico pelo consumidor leigo sobre o produto ou serviço objeto de consumo; a jurídica, relativa à ausência de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo; a fática, vivenciada quando situações de insuficiência econômica, física ou psicológica do consumidor o coloca em nível desigual frente ao fornecedor; e a vulnerabilidade informacional, caracterizada pela falta de dados sobre produto o ou serviço que são capazes de influenciar no processo da compra. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017; OLIVEIRA, 2016)

De volta ao processo de elaboração de uma política pública, verifica-se que o segundo passo consiste na formação da agenda, a qual representa o conjunto de questões entendidas como relevantes. Ainda, uma agenda política corresponde aos problemas que a comunidade política entende como merecedores de intervenção pública. Em seguida, é necessária a formulação de alternativas, ou seja, é preciso estabelecer os objetivos e as estratégias a se seguirem, bem como é preciso o estudo das potenciais consequências de cada alternativa. Essa etapa, então, será seguida pela tomada de decisão, a qual representa o acordo entre os interesses dos envolvidos, explicitando-se os objetivos e métodos para

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

enfrentamento do problema público. Em seguida, chega-se à fase de implementação da política pública, na qual se convertem as intenções em verdadeiras ações. (SECCHI, 2013, p. 46;48;51;56)

No Brasil, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) seguiu determinação constitucional específica do artigo 5º, XXXII da Carta de 1988, e do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Isso porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência da época reconheciam que o Código Civil de 1916 não correspondia mais às condições sociais e econômicas do país, considerando-se já irreversível a influência do processo de globalização nos contratos celebrados, uma vez que sua maioria se constituía de relações de consumo (PRUX, 2016). Nesse sentido, foi de Orlando Gomes a defesa por um código que estabelecesse um microsistema para as relações de consumo, em detrimento de uma grande codificação civil. (PASQUALOTTO, 2016)

Assim, foi elaborado o anteprojeto do CDC por uma comissão de juristas presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover. Promulgado em setembro de 1990, o Código assumiu papel principal no processo de renovação do direito privado brasileiro (MIRAGEM, 2019). Entre suas conquistas, citam-se a regulação da qualidade dos produtos e dos contratos de adesão, bem como a consolidação do princípio da boa-fé nas relações entre fornecedores-experts e consumidores-leigos (MARQUES, 2016).

Todavia, retomando-se as lições de Secchi (2013, p. 63), o ciclo de uma política pública deve passar também por uma avaliação. Nesse momento, examinam-se o processo de implementação e o desempenho da política pública, a fim de se verificar o estado da política e se houve redução do problema que a gerou.

No ponto, apresentam-se os desafios atuais impostos ao CDC. Completando 30 anos de sua promulgação, é hora para alguns ajustes. Isso porque, embora seja considerado visionário ao seu tempo, em 1990 não se podiam prever o crescimento exponencial das contratações à distância no comércio eletrônico, nem o fenômeno da expansão do crédito (LIMA; CAVALLAZZI, 2006). Passados 30 anos de sua promulgação, já seria esperada a necessidade de uma atualização. A conjuntura atual, no entanto, torna imperioso que se modernize a legislação consumerista como meio de enfrentar as adversidades econômicas advindas da pandemia de coronavírus.

Por fim, o encerramento do ciclo de uma política pública corresponde à sua extinção. Para tanto, existem três alternativas: (i) o problema é resolvido; (ii) o instrumento utilizado é constatado como ineficaz; ou (iii) o problema, mesmo que não esteja resolvido, perde a importância, deixando de estar na agenda. (SECCHI, 2013, p. 67)

Não são hipóteses aplicáveis à realidade contemporânea do CDC, uma vez que o Código não apenas representa um marco civilizatório das relações de consumo, como também é o instrumento de combate aos novos problemas relativos ao tema. Entre eles, destaca-se o agravamento da situação de superendividamento dos consumidores em virtude da pandemia de Covid-19, motivo que tem levado setores da sociedade a se engajarem para propor políticas de mitigação desses efeitos.

Exemplo de tais iniciativas é a Proposta de Lei n. 1997/2020 (BRASIL, 2020b), que institui um prazo dilatatório para cumprimento, em contratos essenciais, bancários, securitários e planos privados de assistência à saúde, até o 12 de dezembro de 2020, em favor dos consumidores afetados economicamente pela pandemia de coronavírus. Dessa forma, estariam vedadas a incidência de multa, de juros de mora, de honorários advocatícios ou de outras cláusulas penais, que fossem relativas ao período desta moratória, bem como a utilização de medidas de cobranças de débitos previstas legalmente, incluindo-se a inscrição em cadastros de inadimplentes, antes das datas de vencimentos definidas.

Trata-se de reconhecer a força maior ensejada pela pandemia de coronavírus nos contratos de consumo mencionados, o que não significa o fim da obrigação, mas somente a dilação razoável do prazo para seu cumprimento. O que se busca, portanto, é evitar o advento traumático de uma onerosidade excessiva que desequilibre economicamente os contratos de consumo (MARQUES; BERTONCELLO; LIMA, 2020).

Em que pesem os efeitos positivos que o PL 1997/2020 possibilita, deve-se reconhecer o caráter pontual da medida, de alcance cronologicamente demarcado. É necessário, portanto, que se trabalhe com políticas públicas permanentes de proteção à figura do consumidor, a exemplo do PL 3515/2015, que se passa a apresentar.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

3.2 Necessidade de uma norma de prevenção e tratamento do superendividamento como política pública de mitigação dos efeitos da pandemia e retomada econômica do país

As políticas públicas apresentam distintos suportes legais, podendo ser expressas por meio de disposições constitucionais, leis ou normas infralegais, bem como por meio de instrumentos jurídicos de natureza diversa, como a concessão de serviços públicos (BUCCI, 2006, p. 11).

Conforme mencionado, a pandemia da Covid-19 é responsável pelo agravamento da situação econômica dos consumidores brasileiros, atingindo sua capacidade de manutenção e, em última escala, sua dignidade enquanto cidadãos.

Nesse sentido, mostra-se de toda relevância o conteúdo do Projeto de Lei 3515/2015 (BRASIL, 2015), que atualiza o CDC e o Estatuto do Idoso a fim de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Trata-se do Projeto de Lei do Senado 283/2012, aprovado por unanimidade no Senado Federal no ano de 2015, quando chegou à Câmara dos Deputados sob a numeração 3515.

A inspiração para o projeto de lei no Brasil reside na iniciativa de duas magistradas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Clarissa Costa de Lima e Káren Rick Bertoncello, quando constataram que os consumidores estavam buscando no Poder Judiciário soluções para suas dívidas com o sistema financeiro individualmente, o que se mostrava apenas como uma solução momentânea, pois não abarcava a totalidade de credores. A partir disso, com influência especial da legislação francesa, desenvolveram o projeto-piloto de tratamento das situações de superendividamento do consumidor, visando à reinserção social do consumidor superendividado por meio da conciliação sobre as dívidas. (BERTONCELLO; LIMA, 2007; LIMA; CAVALLAZZI, 2006)

Assim, a primeira parte do PL 3515 altera o Capítulo II do CDC, intitulado "Da Política Nacional de Relações de Consumo", ao acrescentar, no artigo 4º, dois incisos principiológicos de "fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores" e "prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor."

Cabe destacar que o artigo 4º do CDC é composto por normas que resumem os direitos do consumidor e sua principiologia, trazendo os objetivos do Código. Dessa

forma, seus dispositivos são utilizados para interpretar e guiar as demais normas do microsistema (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

Ainda na temática da Política Nacional de Relações de Consumo, são acrescentados ao artigo 5º, o qual prevê instrumentos ao poder público para execução dessa Política, dois incisos para a "instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural" e a "instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento."

Um ponto relevante que se traz aqui é a adoção mais restrita em relação às outras disposições do CDC, pois o superendividado será sempre um consumidor pessoa física, uma vez que não se concede tutela à pessoa jurídica nesta temática (CARPENA; CAVALLAZZI, 2011).

Em seguida, são previstas alterações no Capítulo III do CDC, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor. Acrescentam-se três incisos ao artigo 6º do Código, estabelecendo que são direitos do consumidor (i) a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas; (ii) a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; e (iii) a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, litro, metro ou outra unidade, conforme o caso (BRASIL, 2015).

Assim sendo, cabe tecer algumas considerações sobre a figura do mínimo existencial. Isso porque, segundo Grinover (2011), os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado, nos termos do artigo 3º da Constituição Federal, e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, trabalham para assegurar o mínimo existencial necessário à dignidade humana, de modo que ele seja considerado como um direito às condições mínimas de existência humana digna. Trata-se, portanto, de um direito fundamental a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada pessoa uma vida condigna (SARLET, 2006).

Objetivamente, o mínimo existencial corresponde a um valor que deve ser mantido com a pessoa superendividada para o pagamento das despesas de sua

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

subsistência, como água, energia elétrica, educação e saúde. Esse valor não se encontra tarifado pelo PL 3515, devendo ser calculado de acordo com os gastos declarados pelo devedor na situação de repactuação de dívidas (LIMA, 2014). A construção desse valor deverá ser conjunta entre devedor, credores e conciliador, como forma de incentivar a participação ativa de todos no ambiente de renegociação. Assim, busca-se atender às expectativas dos credores, conscientes da importância de viabilizar a reinserção do consumidor no mercado, o que permite a circulação de riquezas, bem como do próprio devedor, que encontra, então, a preservação de sua dignidade (BERTONCELLO, 2015).

No ponto, cumpre ressaltar o papel relevante que o crédito desempenha atualmente na política dos poderes públicos contra o subconsumo e as ameaças de desaceleração da economia. No entanto, sua concessão irresponsável, em que não se cumpre o dever de informação ao consumidor, acaba sendo propagadora do endividamento (LIMA, 2011), o que vai justamente de encontro com a proposta de aquecimento econômico pelo consumo das famílias.

Para além de diretivas principiológicas, o PL 3515 confere ao superendividamento uma nova dimensão ao criar o Capítulo VI-A, intitulado "Da Prevenção e do Tratamento do Superendividamento".

Os novos artigos 54-A a 54-G são apresentados sob a perspectiva de prevenção ao superendividamento. O artigo 54-A traz a necessidade de que o consumidor esteja de boa-fé para que possa fazer uso dos novos mecanismos. Dessa forma, resta excluído da possibilidade de qualquer amparo estatal, no sentido de auxiliá-lo no caso de inadimplência ou no pleito por renegociação dos débitos, o consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé (SANT'ANNA, PEREIRA, 2018).

Já os artigos 54-B a 54-G destinam-se aos fornecedores, especialmente aos envolvidos no fornecimento de crédito e vendas a prazo. Nesse caso, os artigos 54-B e 54-D aprimoram o dever de informação, acrescentando a necessidade de que o consumidor, considerando-se aspectos como sua idade e condição social, seja informado, de forma clara e resumida, sobre (i) o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; (ii) a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos; (iii) o montante das prestações e o prazo de validade da oferta; (iv) o nome e o endereço do fornecedor; e (v) o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito (BRASIL, 2015).

Ademais, serão implementadas novas restrições à oferta de crédito pelo artigo 54-C. Assim, restarão vedados (i) fazer referência a crédito “sem juros” ou expressão de sentido semelhante; (ii) indicar que a operação poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; (iii) ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; (iv) assediar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive à distância; e (v) condicionar o atendimento ao consumidor à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o artigo 54-E prevê que, nos contratos em que o modo de pagamento envolva autorização prévia do consumidor para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas – com todos seus credores – não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal líquida (BRASIL, 2015). No ponto, trabalha-se preventivamente para a manutenção do mínimo existencial. Isso porque o crédito consignado é majoritariamente utilizado por consumidores idosos, pois estes encontram dificuldades na obtenção de outras modalidades de crédito. Além disso, as instituições financeiras oferecem massiva publicidade e facilidade de acesso ao consignado, uma vez que as prestações são descontadas diretamente da aposentadoria ou pensão da pessoa idosa, sendo baixo o risco de inadimplemento (DOLL; CAVALLAZZI, 2016).

Finalizando esta parte, o artigo 54-F dispõe sobre os contratos acessórios de crédito que garantam o financiamento de contrato principal de fornecimento de produto ou serviço ao qual eles serão conexos, coligados ou interdependentes (BRASIL, 2015).

Todavia, existem circunstâncias em que não são suficientes apenas os mecanismos de prevenção ao superendividamento, pois, conforme mencionado, as situações de superendividamento passivo envolvem acidentes da vida para os quais o consumidor pode não dispor dos meios financeiros para superar.

Para tais situações, o PL 3515 apresenta o novo Capítulo V, intitulado "Da Conciliação no Superendividamento". Trata-se de direcionar os esforços para o tratamento do superendividamento, ou seja, para as situações em que o mínimo existencial do consumidor já está comprometido pelo valor de suas dívidas. Assim, seguindo a experiência francesa e o projeto-piloto das magistradas Clarissa Costa de Lima

e Karen Bertoncello, os consumidores de boa-fé poderão requerer a regularização do conjunto de suas dívidas e obrigações por meio ou de um acordo consensual com seus credores ou de um plano judicial de pagamento, sendo este para caso o acordo não restar exitoso (MARQUES, 2011).

Conforme dispõe o novo artigo 104-A, o consumidor superendividado poderá requerer ao juiz que se instaure processo de repactuação de dívidas. O processo inicia-se com a realização de audiência conciliatória com a presença de todos os credores, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento, com prazo máximo de cinco anos, em que se preserve o mínimo existencial. No entanto, restam excluídas do processo de renegociação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente para não realizar o pagamento, bem como as dívidas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural (BRASIL, 2015).

Em sendo inexitosa a conciliação em relação a qualquer credor, prevê o artigo 104-B que o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo para repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado (BRASIL, 2015).

Neste momento de instabilidade econômica, aponta-se, como uma das soluções, a criação de políticas públicas e de normas jurídicas de fortalecimento do direito fundamental de proteção dos consumidores, inclusive para prevenir maiores recessões econômicas (LEITE, 2018). O PL 3515 segue tendência global de regulação da prevenção e do tratamento do superendividamento ao reforçar os deveres de informação, esclarecimento e conselho, numa diretriz inclusiva e social que se destina a proteger primordialmente os consumidores que estejam com o mínimo existencial ameaçado (LIMA; CAVALLAZZI, 2016).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O endividamento – e sua situação crônica e extrema, o superendividamento – são uma realidade para uma parcela significativa da população brasileira, que convive com o inadimplemento de parte de seus débitos, muitas vezes impulsionado por acidentes da

vida que, em razão de sua imprevisibilidade, impediram a continuidade da quitação total dos débitos pessoais e familiares.

No atual momento de pandemia, as situações de superendividamento têm se agravado, em boa parte em razão do desemprego, da diminuição de renda das famílias, da ocorrência de contaminação e mortes entre os familiares e das incertezas em relação ao futuro.

O Direito do Consumidor, enquanto política pública de origem constitucional que tem por finalidade o reequilíbrio das situações de consumo, foi pensado em uma realidade diferente da atual, em que não eram corriqueiras as contratações eletrônicas, em que não havia uma pandemia assolando o planeta e em que as facilidades do crédito não estavam ao alcance de um clique.

O caminho a ser trilhado para a proteção dos consumidores superendividados, além de passar pelo bom senso e pela solidariedade dos fornecedores (MUCELIN; D'AQUINO, 2020), dependerá essencialmente da tomada de medidas duradouras a fim de alterar o cenário atual de concessão de crédito e de educação financeira.

Nesse sentido, o Projeto de Lei n. 3515/2015, um projeto estruturado, estudado e maduro, é definitivamente a melhor solução atualmente encontrada para a questão apresentada. Mais do que um projeto de alteração ou modernização do Código de Defesa do Consumidor, é verdadeira política pública de mitigação dos efeitos da pandemia que tantas incertezas traz à população.

De se ressaltar, ainda, que a retomada da economia dependerá necessariamente da existência de trabalhadores e de consumidores com poder de compra para reativarem as engrenagens da sociedade de consumo. O mercado de produtos e serviços, tão afetado pela pandemia, necessitará de um impulso para a retomada de suas atividades. (VIAL; LIMA, 2020)

A prevenção e o tratamento do superendividamento, mais do que proteger o consumidor vulnerável, possibilitarão ao país como um todo que, tão logo quanto possível, saia da estagnação e volte a retomar o seu crescimento econômico e a prestar a adequada, essencial e digna proteção do sujeito que mantém a economia funcionando.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro; MOREIRA, Beatriz Frota. Superendividamento: um problema individual ou coletivo? **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 29, n. 53, p. 55-68, maio 2020. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/9454>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BELCHIOR, Wilson. Superendividamento, pandemia e o Projeto de Lei 3515/2015. **ClickJus**, 07 maio 2020. Disponível em: <https://www.clickpb.com.br/blogs/click-jus/clickjus-superendividamento-pandemia-e-o-projeto-de-lei-351515-283510.html>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [e-book]

BERGSTEIN, Laís. Superendividamento dos consumidores: As alternativas pós-pandemia. **Migalhas**, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328014/superendividamento-dos-consumidores-as-alternativas-pos-pandemia>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal - CNJ: projeto-piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 63, p. 173-201, jul./set. 2007.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial. Casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [e-book]

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6 de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1997 de 2020**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141613>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3515 de 2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRITO, Dante Ponte de; COSTA, Pedrita Dias. Consumo pós-moderno, redes sociais e superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, jul./ago. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 01-50.

CARPENA, Heloísa. Contornos atuais do superendividamento. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Temas de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 671-702, abr. 2011.

CARVALHO, Diógenes Faria de. **Do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de Consumo**. Goiânia: Ed. Da PUC Goiás, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 128, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 263-276, jan. 1990.

DAURA, Samir Alves. *Behavioral economics* e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, 2018.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Crédito consignado e superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 107, p. 309-341, set./out. 2016.

EFING, Antônio Carlos; REIS, Duília Sgrott. A agressão dos direitos fundamentais pelo superendividamento. **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia**, Porto Velho, n. 26, p. 115-133, 2019. Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2020-26.pdf#page=115>. Acesso em: 26 jun. 2020.

FRANCO, Fabio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 135, p. 34-70, maio 2006.

GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 71, p. 34-64, jul./set. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 4, p. 563-586, maio 2011.

HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. X, n. 4, p. 1173-1201, dez./2010.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

IFF. Coronavírus: Prevenção, Controle e Notificação. **Fiocruz**, 7 abr. 2020. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/coronavirus-prevencao-controle-notificacao/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel et al. **O endividamento dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000.

LEITE, Ricardo Rocha. Superendividamento: políticas públicas formando consumidores e não cidadãos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 116, p. 179-204, mar./abr. 2018.

LEWGOY, Júlia. Projeto de lei que pode ajudar 30 milhões de superendividados avança na Câmara. **Valor Investe**, 27 nov. 2019. Disponível em: 30 jun. 2020.

LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Da ruína à reconstrução do homo economicus: os (des)encontros da sociedade de consumo na interface do direito, cidadania e políticas públicas. In: **XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. 2015.

LIMA, Clarissa Costa de. O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 03, p. 371-392, abr. 2011.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [e-book]

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiencia no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A força do microsistema do CDC: tempos de superendividamento e de compartilhar responsabilidades. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (org.). **Direito do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. [e-book]

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, p. 57-64, jan./mar. 1996.

MARQUES, Claudia Lima. 25 anos do código de defesa do consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 103, p. 55-100, jan./fev. 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 75, p. 9-42, jul./set. 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 47-71, maio/jun. 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. [e-book]

MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015. **ConJur**, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 26 jun. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro de. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 225-245, abr./jun. 2017.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: Proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 120-148, jul./set. 2005.

MENEZES, Marciano. Endividamento recorde: famílias de menor renda têm recorrido mais ao crédito após a pandemia. **Hoje em dia**, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/primeiro-plano/endividamento-recorde-fam%C3%ADlias-de-menor-renda-t%C3%AAm-recorrido-mais-ao-cr%C3%A9dito-ap%C3%B3s-a-pandemia-1.791813>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon e SDNC assinam nota técnica a favor de PL que combate superendividamento**. 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-e-sdnc-assinam-nota-tecnica-a-favor-de-pl-que-combate-superendividamento>. Acesso em: 26 jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [e-book]

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, maio-ago. 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2706/1295>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de Covid-19. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 17-46, maio/jun. 2020.

MUÑOZ, Rafael. O impacto da pandemia de Covid-19 na economia brasileira: preservando a vida e o sustento. **Folha de S. Paulo**, 5 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/rafael-munoz/2020/05/o-impacto-da-pandemia-de-covid-19-na-economia-brasileira-preservando-a-vida-e-o-sustento.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Crédito, inadimplência e os desafios para a proteção dos consumidores nos contratos bancários. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flavio de (coord.). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book]

OLIVEIRA, Regiane; BORGES, Rodolfo; BEDINELLI, Talita. Evolução dos casos de coronavírus no Brasil. **El País**, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-06-07/evolucao-dos-casos-de-coronavirus-no-brasil.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto. Reflexões na frente do espelho: memória e autocrítica aos 25 anos. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flavio de (coord.). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book]

PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o Século XXI. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flavio de (coord.). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book]

RAFAEL, Ricardo de Mattos Russo; NETO, Mercedes; CARVALHO, Marina Maria Baltazar de; DAVID, Helena Maria Scherlowski Leal; ACIOLI, Sonia; FARIA, Magda Guimarães de Araujo. Epidemiology, public policies and Covid-19 pandemics in Brazil: what can we expect? **Revista de Enfermagem da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 28, 2020.

REYMAO, Ana Elizabeth Neirao; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. O superendividamento do consumidor no Brasil: um debate necessário entre o Direito e a Economia no século XXI. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 167-187, jan./jun. 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, p. 38-50, mar. 2005.

SANT'ANNA, Adriana. PEREIRA, Dirce do Nascimento. CONSALTER, Zilda Mara. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte nas relações consumeristas e das práticas mercadológicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 119, p. 227-266, set./out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (org.). **Direito do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. [e-book]

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SENHORAS, Elói Martins. Coronavírus e o papel das pandemias na história humana. **Boletim de Conjuntura**, Boa Vista, a. 2, v. 1, n. 1, p. 31-34, 2020.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e políticas públicas. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, p. 425-451, nov. 2012.

SOARES, Ardyllis Alves (trad.). Conclusões do Relatório Mundial sobre o Tratamento do Superendividamento e Insolvência da Pessoa Física. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 89, set./out. 2013.

TOFLER, A. **Future Shock: The Third Wave**. New York: Bantam Books, 1981.

VIAL, Sophia Martini; LIMA, Clarissa Costa de. A relação entre o coronavoucher e o superendividamento das famílias. **O Consumerista**, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2020/05/coronavoucher-superendividamento-familias/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; KACHUBA, Daiane; LOCATELLI, Liliana. Sociedade de consumo, superendividamento e economia comportamental. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, mar. 2020. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/ccss/2020/03/sociedade-consumo.html>. Acesso em: 26 jun. 2020.

WHO. **Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report–161**. 29 jun. 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200629-covid-19-sitrep-161.pdf?sfvrsn=74fde64e_2. Acesso em: 30 jun. 2020.

WHO. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020**. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WHO. **WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)**. 30 jan. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 30 jun. 2020.

WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves; SCHMIDT NETO, André Perin. O superendividamento do consumido: as possíveis previsões legais para seu tratamento. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; MELGARÁ, Plínio (orgs.). **Diálogos de Direito Privado: contribuições do corpo docente e discente da Faculdade de Direito da PUCRS**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 39-70.

Submetido em 27/08/2020

Aprovado em 21/10/2020

A HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

THE HARMONIZATION OF PUBLIC POLICIES IN COMPLIANCE OF THE JUDGEMENTS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Priscila Caneparo dos Anjos¹**RESUMO**

O processo de internacionalização dos direitos humanos na América Latina insere-se na competência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É por esta última que se verifica a possibilidade de responsabilizar internacionalmente um Estado quando vem a falhar na promoção, proteção e efetivação dos direitos humanos em âmbito nacional. A sedimentação de um caminho para se ter a real fruição dos direitos humanos em ambiente nacional depende do desenvolvimento de políticas públicas aptas a consolidar, especialmente, os termos não-pecuniários de suas condenações internacionais. Assim, este trabalho se digna a analisar, a partir de um exame dedutivo, o desenvolvimento e a possibilidade de harmonização das políticas públicas,

ABSTRACT

The process of internationalizing of human rights in Latin America falls within the competence of the Commission and the Inter-American Court of Human Rights. The possibility of holding a State to account internationally occurs when it fails to promote, protect and enforce human rights at national level. The establishment of a path to have the real enjoyment of human rights in the national environment depends on the development of public policies capable of consolidating, especially, the non-pecuniary terms of their international condemnations. Thus, this work deigns to analyze, from a deductive examination, the development and the possibility of harmonizing public policies, aiming to structure a theoretical and viable basis for the realization of human rights in the

¹ Professora de Direito Internacional Público, Direito Humanos, Direito Constitucional e Ecopolítica Internacional. Coordenadora do Grupo "Sistema ONU" (UNICURITIBA) - oitava colocação geral das equipes em língua inglesa no 12th Nelson Mandela World Human Rights Moot Court Competition (2020). Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Doutora em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2015). Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR, desde 2008. Membro e parecerista da Academia Brasileira de Direito Internacional. Membro do Conselho Científico do Instituto Memória. Delegada da diplomacia civil para a Organização Mundial do Comércio e para o Conselho Econômico e Social (Organização das Nações Unidas). Possui experiência em foros internacionais. Advogada. E-mail: priscilacanepero@gmail.com.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

objetivando a estruturação de uma base teórica e viável para a efetivação dos direitos humanos na regionalidade. Parte-se da premissa que os altos índices de não cumprimento das sentenças se devem pelos Estados não partilharem experiências frutíferas em termos de políticas públicas para cumprimento das decisões da Corte Interamericana. O presente estudo, partindo da premissa de que a harmonização das políticas públicas é instrumento indispensável para o cumprimento de tais, dignar-se-á a estudar as estruturas do sistema interamericano, o panorama das condenações e os esforços, em nível nacional, que possibilitem efetivar aqueles termos. Para tanto, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, uma vez que, quando for possível, caminhar-se-á às generalizações das políticas públicas. Por fim, chegar-se-á à conclusão de que a harmonização de tais políticas é um vetor indispensável a um regime protetivo dos direitos humanos neste recorte espacial.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Interamericano. Direitos Humanos. Sentenças Internacionais. Políticas Públicas. Responsabilidade Internacional.

region. It is based on the premise that the high rates of non-compliance with judgments are due to the fact that States do not share fruitful experiences in terms of public policies to comply with the decisions of the Inter-American Court. Starting from the premise that the harmonization of public policies is an indispensable instrument for the fulfillment of such, this study will deign to study the structures of the inter-American system, the panorama of condemnations and the efforts at national level that allow effect those terms. The deductive and inductive methods will be used, since, when possible, the generalizations of public policies will be taken. Finally, it will be concluded that the harmonization of such policies is an indispensable vector for a protective regime of human rights in this space.

KEYWORDS

Interamerican System. Human Rights. International Decisions. Public Policy. International Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A proteção internacional dos direitos humanos incumbe os sujeitos de Direito Internacional, Estados e organizações internacionais, no compromisso de assegurar a eficácia universal dos direitos humanos. De tal modo, exigem-se ações dos indivíduos, dos governos nacionais, dos órgãos e da sociedade internacional, que visem sua promoção e defesa.

O Estado, desde seus primórdios, pautou o desenvolvimento de seus institutos nos objetivos comuns da sociedade. Com o desenrolar dos tempos, a figura estatal se flexibilizou para melhor atender aos anseios societários relativos à dignidade da pessoa humana: não mais se comportara o poder estatal desatrelado das exigências dos direitos humanos. Para tanto, valores ligados à cooperação e ao *jus cogens* emergiram na ordem jurídica nacional.

Simultaneamente, a definição de soberania adequou-se à crescente interdependência dos Estados na comunidade internacional e à edificação do Direito Internacional – mais especificamente do Direito Internacional dos Direitos Humanos -, a partir da criação de mecanismos que garantam o efetivo compartilhamento das soberanias em defesa, em última análise, dos direitos humanos. Desponta, neste cenário, o Estado Constitucional Cooperativo, atualizando o papel do Estado por intermédio de vetores cooperativos.

Nessa perspectiva, a realidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos aduz a um plexo indispensável de sujeitos, valores e institutos encarregados de concretizarem a eficácia deste ramo do Direito. Não mais se comporta que o arranjo social, pautado na dignidade da pessoa humana, esteja atrelado exclusivamente a uma única formatação estatal: neste entrecho, despontam as organizações e as cortes internacionais, bem como a interligação entre os Estados por aportes cooperacionais.

Não obstante, os Estados cumprem o papel primário na proteção dos direitos humanos, prevendo em seus ordenamentos jurídicos os direitos protegidos e as formas de buscá-los caso ocorram violações. Para alcançarem esta proteção, os Estados podem se valer, em tempos mais recentes, de instrumentos cooperativos, aproveitando experiências

positivas de ordenamentos estrangeiros nesta temática ou desenvolver, conjuntamente, novas técnicas de proteção.

Agora, na falta ou na ineficácia de mecanismos nacionais, abre-se caminho à proteção internacional dos direitos humanos. A partir da organização da sociedade em pilares democráticos, a ordem interna não mais apreendeu o domínio reservado da tutela destes direitos, suportando, subsidiariamente, a jurisdição internacional por intermédio do compartilhamento da soberania estatal. Justifica-se que pela aplicação do princípio da subsidiariedade às jurisdições internacionais, sua coexistência com as jurisdições nacionais está plenamente compatibilizada.

Com efeito, esta proteção internacional dos direitos humanos, estruturada em órgãos e documentos, abrange tanto a proteção universal, como a regional. A proteção objeto desta tese, proteção regional interamericana, compõe-se, basicamente, de dois órgãos, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de documentos consagradores de valores atrelados à democracia, paz, direitos humanos e cooperação.

A Corte Interamericana é, de fato, o órgão jurisdicional do sistema interamericano, prolatando condenações contra os Estados que reconheceram expressamente sua competência contenciosa. Os termos de suas sentenças se dividem em duas espécies: obrigações pecuniárias e obrigações não pecuniárias (obrigações de fazer e de não fazer). Quanto aos primeiros, o art. 68.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê que o cumprimento se dará por normativa interna de execução de sentenças contra o Estado; entretanto, quanto aos termos não pecuniários, deixa-se a cargo dos Estados deliberarem sobre os meios de implementação.

A partir do exame acurado do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, observa-se que, na grande maioria dos casos, os Estados possuem entraves na execução dos termos não pecuniários de suas condenações, não havendo sequer, à exceção de Peru e Colômbia, normativa interna atrelada aos modos de satisfação destes pontos prolatados. A falta de segurança, eficácia e consolidação dos direitos humanos proclamados internacionalmente acaba por reivindicar novos artifícios que assegurem o cumprimento integral destas sentenças internacionais.

Com base na problemática exposta, abre-se caminho à utilização das vias cooperativas pelos Estados que aceitaram a competência contenciosa da Corte justamente para sustentar a realização efetiva, em ambiente interno, dos termos de suas condenações.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Em outras palavras, a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sistema interamericano, encontra-se em xeque, dado o alto grau de descumprimento dos ditames ali impostos. Para a reversão do quadro, demanda-se a complexa interligação entre os mais variados institutos do Direito, sob um prisma de multidisciplinaridade.

Nessa perspectiva, o objetivo do trabalho aqui apresentado repousa, tendo em mente a indispensabilidade da ordem jurídica estatal, no estudo do desenrolar dos direitos humanos – e sua consequente proteção internacional – e na fundamentação da cooperação internacional como instrumento benéfico à consolidação daqueles direitos. Para tanto, oportuniza-se a elaboração de propostas, por vias cooperativas, de harmonização no cumprimento dos conteúdos não pecuniários. Deste modo, aspira-se à melhoria na implementação dos direitos humanos em solos da América Latina.

Em suma, a hipótese deste trabalho encontra-se na premissa de que as sentenças da Corte Interamericana, especificamente quanto aos seus pontos não pecuniários, serão mais satisfatoriamente cumpridas em solos internos pela harmonização dos instrumentos nacionais, com base na cooperação internacional entre os Estados.

Para tanto, elegeu-se o exame doutrinário dos institutos necessários à compreensão da problemática envolvendo os Estados que possuem condenações na Corte Interamericana, bem como de suas possíveis soluções.

Quanto aos métodos empregados neste trabalho, aduz-se ao método dedutivo, indutivo e dogmático. O método dedutivo – cuja lógica caminha do particular para o geral por diversas pesquisas de fatos, com a constatação de repetição do resultado suspeito como verdadeiro – será o de maior valia, desenvolvendo-se, como raciocínio base, a análise das formas de implementação das condenações da Corte em bases nacionais, relacionando-as às propostas de harmonização a partir do resultado das investigações. Quando se demonstrar possível a utilização de generalizações, então, paralelamente, operar-se-á com o método indutivo – caminhando do geral para o particular, considerando que se um fenômeno ocorre tal como os outros, ter-se-á apenas um único resultado.

Por fim, frente aos resultados alcançados, serão observados quais e como as políticas públicas podem servir de instrumento coeso para a busca da implementação, promoção e proteção dos direitos humanos em ambiente latino-americano.

2 A REALIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema regional interamericano traduz-se de maneira peculiar, haja vista compor-se por normativas não atreladas apenas a um único documento e/ou a um único organismo internacional.

Pelo seu próprio contexto geopolítico, a região necessitou buscar formas e meios coerentes para a harmonização de seus ideais políticos, conjugando-os ao empenho pela consolidação e efetivação dos direitos humanos na região.

Em verdade, o desenvolvimento do sistema regional interamericano em muito fora dependente da superação de certas questões internas de seus Estados-partes – governos autoritários, falta de alinhamento e diálogo entre os Estados, guerras civis -, cujas quais obstruíram a proteção internacional dos direitos humanos no continente.

Neste encadeamento, precisam-se documentos primordiais para a criação do sistema regional interamericano, quais sejam: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos do Homem e o Protocolo de San Salvador.

Cabe dizer que os documentos internacionais em referência desembocaram na criação do sistema de proteção interamericano, traduzindo-se, basicamente, nas estruturas da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo esta quem possibilitara a disseminação, a proteção e a eficácia dos direitos humanos em âmbito interamericano.

Para a proteção dos direitos humanos, a Organização conta primordialmente com dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sucedem que os primórdios do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos retrocedem à criação da Organização dos Estados Americanos. Atrelado aos ideais de Simon Bolívar, que sonhava com uma América Latina unida e composta por uma única grande federação de países, o Congresso do Panamá de 1826 fora o entrecho central para a proposição de suas idealizações. Suas propostas resultaram em uma série de reuniões regionais, objetivando formas de materializar a cooperação entre os Estados americanos. (BUERGENTHAL 1983)

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Todavia, até o ano de 1890, as mencionadas reuniões foram convocadas apenas para solucionar problemas específicos. Fora após esta data que se institucionalizaram os encontros, objetivando a criação de um sistema compartilhado de normas e organismos. Entretanto, os movimentos pautaram-se na cooperação alinhada à Doutrina Monroe¹ - os Estados Unidos se colocavam como protetores necessários dos Estados recém-independentes da América Latina.

Logicamente, este não era o entrecho ideal para o desenvolvimento e robustecimento de um sistema que visava, de fato, a cooperação horizontal entre os Estados das Américas. Mas, independentemente da doutrina que se fizera presente, o movimento conhecido como Conferências Pan-Americanas – nove encontros ocorridos no século XIX – fora primordial para o sistema interamericano, facilitando a aproximação dos Estados daquele envolto geográfico, findando na criação da Organização dos Estados Americanos.

A primeira grande reunião, conhecida como Primeira Conferência Internacional Americana, contou com a presença de 18 Estados e veio a realizar-se em Washington D.C., entre os meses de outubro de 1889 e abril de 1890. Fora nesta que ocorrera o estabelecimento da União Internacional das Repúblicas Americanas, que, mais tarde, veio a transformar-se na União Pan-Americana e, devido à expansão de suas funções, transmutou-se na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos.

Contudo, não fora apenas a União Pan-Americana que facilitou a cooperação entre os Estados Americanos. Muitas outras instituições colaboraram no desenvolvimento do sistema interamericano: Organização Pan-Americana da Saúde (1902); Comissão Jurídica Interamericana (1906); Instituto Interamericano da Criança (1927); Comissão Interamericana da Mulher (1928); Instituto Pan-Americano de Geografia e História (1928); Instituto Indigenista Interamericano (1940); Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (1942); e Junta Interamericana de Defesa (1942).

Independentemente de sua grandiosidade, nenhuma das oito primeiras Conferências trouxera, de fato, uma perspectiva ampla sobre a proteção regional dos

¹ Conforme entendimento de Sidney Guerra: [...] *Os Estados Unidos expressaram suas intenções com relação aos seus vizinhos por declarações unilaterais, como a 'Doutrina Monroe', por intervenções veladas ou abertas nos assuntos internos dos países latino-americanos e por políticas agressivas guiadas pelos princípios do 'Destino Manifesto'*. (GUERRA 2013, 7).

direitos humanos. Fora apenas na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá e datada de 1948, que se frisaram os valores atrelados aos direitos humanos e sua necessária representatividade em documentos e organismos interamericanos. De fato, fora neste cenário que se adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (*Pacto de Bogotá*) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A partir de então, a chamada União Pan-americana reconfigura-se na Organização dos Estados Americanos - organização intergovernamental e com a possibilidade de qualquer Estado americano vir a integrar suas estruturas.

Não obstante a importância dos outros, o substancial documento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, anterior à própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com seu projeto preparado pela Comissão Jurídica Interamericana, viera a possibilitar, mais tarde, a adoção (1969, entrando em vigor em 1978) da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*).

A Declaração clamou a universalidade dos direitos humanos, apontando, já em seu Preâmbulo, a incidência de seus termos apenas pela condição de ser humano, independentemente de sua nacionalidade ou cidadania. A única peculiaridade que se nota é que, assim como a Declaração Universal, ambos os documentos são meras recomendações, com valores morais para os Estados, não contando com força normativa. (RAMOS, 2013)

Quanto à Carta da Organização dos Estados Americanos, fora resultado de um extenso processo de negociação, iniciado em 1945 e finalizado em 30 de abril de 1948, quando então ocorrera sua assinatura na 9ª Conferência Internacional Americana, em Bogotá. Previram-se os objetivos e as bases jurídicas da nova Organização dos Estados Americanos, tais como o alcance da ordem de paz e justiça nos países da América, o fomento da solidariedade, a defesa da soberania, da integridade territorial e da independência (HITTERS e FAPPIANO, 2007). Como objetivos centrais destacam-se: o fortalecimento da democracia e da governabilidade na região, a paz, a segurança e a busca pela consolidação dos direitos humanos.

Todavia, apesar dos esforços da Organização na promoção e proteção dos direitos humanos, estes não prosperaram durante longos anos, dados fatores especialmente

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

atinentes ao fato dos Estados Unidos terem se mostrado favoráveis à diluição latino-americana: apoiavam ditaduras, golpes militares e guerras internas de cunho separatista, obstruindo a materialização da cooperação, da democracia e, em última análise, dos próprios direitos humanos na região.

Em 1959, por ocasião da 5ª Reunião de Consultas de Ministros das Relações Exteriores, a OEA se viu na obrigação de criar um órgão exclusivo para o tema direitos humanos: surge, assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda que com uma institucionalização já estabelecida, a OEA carecia de codificação, tendo em vista seu sistema ter sido articulado, basicamente, por declarações, resoluções e pronunciamentos, sem força vinculante prática. Neste cenário, em 1967, iniciou-se a reforma da Carta da OEA, com a elaboração do Protocolo de Buenos Aires, vindo a efetivar-se em 1970, com a entrada em vigor deste último. O Protocolo tratou, em seu art. 51, de qualificar a Comissão de Direitos Humanos como um dos órgãos principais da OEA, com suas funções precipuamente descritas em seu art. 112.

A Carta da OEA sofrera mais três modificações, mediante Protocolos de Reforma. O primeiro deles, Protocolo de Cartagena das Índias, de 1985, previa a responsabilidade dos Estados acerca do desenvolvimento, com a promoção de uma ordem econômica e social equânime que visasse o pleno desenvolvimento do ser humano.

O Protocolo de Washington, de 1992, desenvolvera-se em ambiente peculiar: à exceção de Cuba, que se encontrava suspensa da Organização, todos os Estados partilhavam de regimes democráticos, introduzindo, assim, no art. 9º, a chamada *cláusula democrática* na OEA, onde *um membro da OEA pode ser suspenso como sanção à ruptura do regime democrática*.

Por fim, o Protocolo de Manágua, de 1993, complementou a estrutura da Organização, criando o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral, objetivando o fomento da cooperação entre os Estados das Américas.

3 A IMPORTÂNCIA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E A RESPONSABILIDADE DE SEUS ESTADOS-MEMBROS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

A Organização dos Estados Americanos é, sem dúvidas, a principal organização regional no âmbito da defesa dos direitos humanos. Isto se deve ao fato da própria normativa inaugural do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos advir da Carta constitutiva da OEA.

Os pilares essenciais da Organização repousam na democracia, nos direitos humanos, na segurança e no desenvolvimento², interligando-os a uma estrutura aberta ao diálogo político, à cooperação, aos instrumentos jurídicos de responsabilização de seus Estados-membros e aos mecanismos de acompanhamento que garantam a eficácia desta última.

O diálogo político é garantido pela OEA se demonstrar como o principal foro neutro político das Américas, possibilitando que os Estados superem suas diferenças políticas para o alcance de metas comuns. É na OEA que se desenvolve, de fato, o diálogo multilateral das Américas.

O que a OEA pretende é disseminar a boa vizinhança, em um ambiente democrático passível de garantir as liberdades essenciais, a justiça social e os direitos humanos. Para tanto, a Organização enaltece a cooperação, propondo meios de apoio para o fortalecimento da capacidade institucional e humana dos Estados.

No que concerne à responsabilidade internacional, apreende-se como a interferência em campo que deveria ser protegido. No palco internacional, induz-se que *a invasão da esfera jurídica de um sujeito de direito por outra pessoa jurídica gera responsabilidade que reveste várias formas definidas por um sistema jurídico particular* (BROWNLIE 1997).

Caso o Estado infrinja um documento internacional que deveria obediência, cabe reparação mediante os meios previstos naquele. A responsabilização, na maior parte dos casos, reside em imposições de cunho pecuniário (pagamento de um certo montante,

² Segundo os termos da própria Organização, utiliza-se esta, para o alcance de seus objetivos, de uma quádrupla estratégia, por intermédio de seus pilares essenciais, quais sejam: democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento.

quantificando o ato ilegal praticado pelo Estado) e/ou de cunho satisfatório (prevendo-lhe, em suma, obrigações de fazer ou de não fazer).

Hodiernamente, as dúvidas não mais repousam quanto à possibilidade ou não de responsabilização internacional dos Estados quando violadores de direitos humanos – é pacífico o entendimento sobre a possibilidade. A problemática repousa quanto aos limites e as formas adequadas para a possível responsabilização do Estado.

Ao que interessa neste estudo, as obrigações internacionais dos Estados-membros da OEA sobre direitos humanos se regem pela Carta das Nações Unidas e pela Carta da OEA. Caso sobrevenha algum conflito entre as obrigações nelas dispostas, a Carta da ONU deverá prevalecer, como bem demonstra seu art. 103, concomitantemente ao art. 137 da Carta da OEA.

Entretanto, o sistema interamericano não é composto apenas pela Carta da OEA; é, de fato, um plexo de normativas, abrindo caminho para novas formas de proteção dos direitos humanos, conjugando-se a possíveis novas configurações de responsabilização dos Estados.

Cabe, neste momento, investigar os principais órgãos que compõem o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

4 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

Com sua sede, hoje, em Washington D. C., Estados Unidos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o mais antigo órgão intergovernamental do sistema interamericano, criado para a promoção e proteção dos direitos humanos, além de servir como órgão consultivo na Organização dos Estados Americanos nestes temas.

Ainda que órgão autônomo da OEA, representa todos os membros desta última. Coordena-se que seu mandato é previsto na *Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y actúa em representación de todos los países miembros de la OEA, pero no representan específicamente a ningún país em particular* (SANTAGATI: 2009, 117).

O surgimento da Comissão fora de extrema importância na edificação, dentro do sistema interamericano, de uma postura mais séria quanto à proteção dos direitos

humanos, findando com a situação de falta de órgão próprio para a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Seus trabalhos atrelam-se às visitas *in loco* aos Estados da OEA, visando a observância da situação geral dos direitos humanos naqueles territórios. A partir destas, surgiram os relatórios especiais sobre a situação dos direitos humanos em cada Estado analisado. Até hoje, desenvolve trabalhos neste sentido, tendo já publicado 60 informes especiais.³

Com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1978, a Comissão acumulou duas funções: 1) atribuições unicamente políticas e diplomáticas para os Estados-membros da OEA que não se tornaram partes da Convenção; 2) atribuições políticas, diplomáticas e *quase judiciais* para os Estados-membros da OEA e que também ratificaram a Convenção. Assim, funciona como órgão de supervisão no cumprimento da Convenção, além de todas as suas outras competências.

Quanto aos Estados ratificantes da Convenção, selecionam-se duas possibilidades: a primeira acerca das comunicações interestatais que englobam denúncias de violações dos direitos presentes na Convenção; a segunda quanto à possibilidade de recebimento de petições individuais e interestatais que aleguem violações de direitos humanos (GUERRA, 2014).

Valoriza-se o sistema de petições por ter garantido um grande avanço ao sistema interamericano, oportunizando às pessoas que sofreram violações (ou seus familiares) a utilização do instrumento. Enaltece-se a dupla análise da petição pela Comissão: o órgão deverá averiguar tantos os requisitos formais (possibilidade de ser interposta a demanda - requisitos de admissibilidade), como também o mérito da petição.

Primeiramente, para que uma petição venha a ser admitida pela Comissão, hão de ser preenchidas algumas condições preliminares, descritas na Convenção Americana sobre direitos humanos, sendo elas: 1) exaustão das vias internas, a partir da demonstração da inexistência de meios de tutela na ordem interna, ou a ausência de permissão ao lesado na utilização dos meios existentes, ou ainda, a demora injustificada na solução do

³ Segundo Sidney Guerra, *a competência da Comissão estava adstrita à promoção dos direitos humanos por meio de preparação de estudos e relatórios, bem como de recomendações aos governos dos Estados com vistas à adoção de medidas em prol dos direitos humanos no plano doméstico dos seus respectivos territórios*. (GUERRA 2013, 65).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

problema, privilegiando, sempre, o acesso do indivíduo ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Não poderá o Estado, nesta esfera, violar o princípio da *estoppel* – proibição de se comportar de modo inverso daquele que fora seu comportamento inicial; 2) cumprimento do prazo decadencial de seis meses, iniciados na data em que o possível lesado for notificado da decisão definitiva interna; 3) inexistência de outro processo internacional, sobre a mesma violação, em andamento ou que já tenha sido findado – ausência de litispendência internacional e de coisa julgada internacional -, em prol da segurança jurídica; 4) previsão de fundamentação pelo próprio peticionário.

Após, passa-se à fase conciliatória: a Comissão tentará chegar à solução pacífica e amistosa para o litígio. Caso obtenha êxito, formulará um relatório, remetendo-o às partes e ao Secretário-Geral da OEA. Se não resultar em conciliação, passa-se à fase de instauração propriamente dita do processo, considerada como uma fase *quase judicial*.

No que tange a esta última, a Comissão solicitará informações ao Estado que está sendo demandado, podendo ainda realizar investigações, caso as alegações sejam graves e urgentes. Após, redigirá um relatório, elucidando os fatos, suas conclusões e recomendações, encaminhando-o aos Estados interessados.

O lapso temporal será de três meses para a solução da questão internamente, entre o Estado violador e a suposta vítima. Caso não se finde a questão, a Comissão poderá, por intermédio do voto da maioria absoluta de seus membros, determinar novo prazo para que o Estado adote as medidas necessárias para solucionar a questão definitivamente.

Se, novamente, o Estado não respeitar o prazo fixado, a Comissão declarará o descumprimento de suas obrigações internacionais e, caso o Estado tenha reconhecido a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá submeter a questão à apreciação da Corte.⁴

Resumidamente, o sistema de petições, perante a Comissão, comporta, essencialmente, três fase: apresentação da denúncia, admissibilidade e solução pela Comissão, definindo se o Estado é responsável ou não pelas violações alegadas e de que

⁴ O sistema interamericano difere sobremaneira do sistema europeu nesse ponto: o indivíduo não tem acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que esta só poderá analisar casos submetidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou pelos Estados-partes que reconheceram sua competência para tanto.

maneira o caso será solucionado – seja por intermédio de relatórios da própria Comissão, seja pela apresentação do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Igualmente prevista na Convenção Americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial internacional autônomo do sistema da OEA, criado e definido pelo art. 33 da Convenção. Sua criação remete aos esforços da delegação brasileira na IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, no ano de 1948.

Instalada e sediada, desde 1979, em São José, Costa Rica, tem como objetivo central a interpretação e a aplicação da Convenção Americana. Sendo um órgão judicial, encarrega-se do cumprimento dos direitos previstos naquele documento, combatendo, em suas sentenças, possíveis violações.

Vale lembrar que a Corte não iniciara seus trabalhos até que o Pacto de São José da Costa Rica efetivamente entrasse em vigor – fato este que só ocorrera no ano de 1978.

Logo em julho do mesmo ano, a Assembleia Geral da OEA recomendou a aprovação, pelo governo da Costa Rica, do estabelecimento da Corte em seu território. A decisão fora ratificada pelos Estados-membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em novembro de 1978, quanto da Sexta Sessão Especial da Assembleia Geral da OEA.

Contudo, a Corte ainda carecia de pessoas capacitadas para o desempenho de suas funções. Assim sendo, os Estados elegeram, em 22 de maio de 1979, no VII Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, os primeiros juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desde então, a Corte é composta por sete membros: um presidente, um vice-presidente e cinco juízes, atuantes a título pessoal, eleitos, segundo o art. 52 da Convenção, *entre juristas da mais alta autoridade moral, e reconhecida competência em matéria de direitos humanos que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, conforme a lei do país de qual são nacionais*. São eleitos pelo prazo de seis anos, com reeleição uma única vez. A Corte pode contar com a figura de juízes *ad hoc*, segundo o art. 55 da Convenção Americana.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Quanto ao seu Estatuto, ordena-se, logo em seu art. 1.º, que esta vem a ser uma instituição judicial e autônoma, com sede em São José da Costa Rica, com o propósito de aplicar e interpretar, além Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, todos os compromissos firmados por seus Estados-membros que versem sobre direitos humanos.

Em consonância com seu histórico, há de se destacar a compatibilização de sua atuação com a soberania dos Estados que integram o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Em respeito à soberania dos Estados, para que estes possam ser julgados pela Corte, há de se observar o reconhecimento expresso da competência deste órgão. Nos termos do art. 62 da Convenção Americana, a competência deve ter sido reconhecida *como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial* para qualquer caso, sendo que tal reconhecimento pode ser *incondicional ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos*.

No tocante à sua competência, alude-se aos artigos 62 e 64 da Convenção: de um lado, prevê-se sua competência consultiva, possibilitando que dela se utilizem todos os membros da OEA, partes ou não da Convenção Americana; do outro, há a competência contenciosa, dependente dos Estados serem partes da Convenção e do reconhecimento expresso de seu caráter jurisdicional.

No que diz respeito à função consultiva da Corte, concebe-se ser esta missão primordial dos órgãos internacionais que tratam sobre direitos humanos, uma vez que é a partir dela que se delimita a configuração, o respaldo e o alcance dos direitos de um dado documento, em um determinado território.⁵

No que compete à competência contenciosa, esta é adstrita àqueles Estados que são partes da Convenção e que aceitaram expressamente a jurisdição da Corte, por intermédio de uma declaração unilateral. Em linhas gerais, em sua função contenciosa, a Corte determina a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos consagrados na Convenção Americana ou em outros tratados de direitos humanos

⁵ Como bem saliente Monica Pinto: [...] a Corte tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, dentre eles: o alcance de sua competência consultiva, o sistema de reservas, as restrições à adoção da pena de morte, os limites ao direito de associação, o sentido do termo 'leis' quando se trata de impor restrições ao exercício de determinados direitos, a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, o 'habeas corpus' e as garantias judiciais nos estados de exceção, a interpretação da Declaração Americana, as exceções ao esgotamento prévio dos recursos e a compatibilidade de leis internas em face da Convenção. (Pinto 2004, 86)

aplicáveis no sistema interamericano. Ademais, a Corte possui poderes para realizar a supervisão do cumprimento de suas sentenças.

Reitera-se que será apenas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e/ou os Estados que podem submeter um caso à apreciação da Corte. No caso da Comissão, esta analisará, previamente, a demanda e, caso julgue necessário, encaminhará à Corte.

A competência contenciosa da Corte, de fato, ampliou as possibilidades de reparação pelas violações dos direitos humanos. Em momento anterior, esta se dava única e exclusivamente pelas Cortes Constitucionais nacionais. Hoje, caso estas não solucionem definitivamente ou em tempo hábil a reparação da violação, as supostas vítimas estão aptas a se socorrer em plano internacional, totalmente compatibilizado com as jurisdições nacionais – dada a indispensabilidade da exaustão das vias internas e do reconhecimento expresso da jurisdição da Corte. Quanto à compatibilização entre jurisdição interna e internacional, destaca-se:

Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não “substituem” os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. (CANÇADO TRINDADE 1996, 33).

Como fruto de sua competência contenciosa, despontam processos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final deles, pode a Corte se pronunciar pela procedência ou improcedência – parcial ou total – da violação de direitos imputada ao Estado.

A decisão final da Corte é definitiva e inapelável (art. 67), sendo ela um tribunal de última instância. Apesar da impossibilidade de interposição de recurso à decisão da Corte, na hipótese de divergência sobre o sentido e/ou o alcance da sentença por alguma das partes, caberá recurso de interpretação (art. 67) no prazo de noventa dias. Decorrido o prazo, deverão os Estados executá-las em sua ordem interna.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Quanto ao mérito da decisão, julgada procedente a ação, a Corte determinará, como primeira forma de reparação, o pagamento de indenização justa⁶. Sua execução, em âmbito nacional, dar-se-á em consonância com o art. 68.2 da Convenção Americana: a indenização compensatória será executada de acordo com o processo interno de execução de sentença contra o Estado. Em outra dicção, a sentença, em sua parte pecuniária, será processada em conformidade com o direito processual de cada Estado.

Ocorre que, como sentença internacional, conta com uma multiplicidade de termos reparatórios de cumprimento obrigatório, não se resumindo apenas àqueles de caráter indenizatório. Constatam-se, ainda, imposições de fazer e não fazer para a efetiva reparação das violações.

Neste tema, induz-se a uma análise comparativa com o sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Como salienta a Convenção Europeia de Direitos Humanos, é o Estado quem avaliará os melhores meios para reparar a violação sentenciada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Assim, caso o Estado interprete que apenas o montante pecuniário é satisfatório à reparação da violação ou, ainda, não vislumbre possibilidade de retorno ao *status quo* por suas ações, não incorrerá em nova responsabilização internacional. Neste enfoque, admite-se o cumprimento não integral da decisão, sem acarretar em nova responsabilização.

Em contrapartida, no sistema interamericano, o Estado tem o dever legal, já que consta no art. 68.1 da Convenção Americana, de cumprimento integral dos termos da sentença da Corte Interamericana, não lhe sendo possibilitado interpretações em como cumpri-la, aos moldes do sistema europeu. No sistema interamericano, caso o Estado não cumpra integralmente a sentença internacional, incidirá em nova responsabilização internacional. A decisão, neste sentido, é vinculante e obrigatória ao Estado, demandando-lhe seu imediato cumprimento.

⁶ Nos apontamentos de Paul Sieghart: *a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos contam com poder para proferir decisões jurídicas e vinculantes contra os Estados soberanos, condenando-os por conta de suas violações de direitos humanos e liberdades fundamentais, além de ordenar-lhes o pagamento de justa indenização, ou ainda, compensação às vítimas.* (Sieghart 1983, 35)

Desponta o problema dos Estados, no sistema interamericano, não cumprirem integralmente suas condenações: efetivam o pagamento dos montantes indenizatórios, mas pouca atenção dispendem às obrigações de fazer e não fazer.

A Corte Interamericana dispõe de dois artifícios para impor o cumprimento de suas sentenças, caso os Estados não as cumpram voluntariamente e dentro do prazo estabelecido para tanto: a partir dos informes obrigatórios pelos Estados condenados acerca do cumprimento de sentença e por intermédio do art. 65 da Convenção Americana.

O art. 65 da Convenção oportuniza à Corte a inclusão das informações sobre em que condição se encontra o cumprimento de suas sentenças em seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA. Todavia, este acaba por ser um meio político e moral de coerção aos Estados, que, no palco interamericano, pouco tem propiciado à plena execução das sentenças.

Outro inconveniente repousa na limitada atenção dada pela Assembleia Geral da OEA quanto aos inadimplementos relatados pela Corte, não sendo, para parcela da doutrina, o órgão *o foro para informar sobre o descumprimento das sentenças da Corte* [...] (Rescia 1997, 53).

Para que as sentenças da Corte sejam fielmente cumpridas pelos Estados, este trabalho traz à tona um terceiro caminho: dadas as dificuldades muito semelhantes em matéria de direitos humanos nos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana, enaltece-se a cooperação entre eles, capaz de viabilizar a insurgência de novos instrumentos dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, aptos a garantir o real e efetivo cumprimento das sentenças da Corte pela harmonização das legislações nacionais sobre o tema.

Recorda-se ser a aceitação da competência contenciosa da Corte facultativa. Mas, submetendo-se à sua jurisdição, o reconhecimento se traduz em cláusula pétrea, não assentindo limitações que não as previstas no art. 62 da Convenção. É a Corte que determinará o alcance de sua competência e jurisdição, cabendo aos Estados apenas o cumprimento de suas sentenças.

A problemática ainda abarca outro objeto: muitos Estados, pela dependência de um aceite expresso da jurisdição da Corte para sua atuação contenciosa, entendem que o cumprimento ou não da sentença é uma decisão interna, própria de soberania estatal.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Ocorre que, uma vez reconhecida sua competência, os Estados estão obrigados a fazer valer suas condenações em ambiente interno.

Lembra-se que não se está diante de uma crise entre Estado e condenações interpostas por um ente internacional; inversamente, observa-se que são estas cortes internacionais de direitos humanos que proporcionaram a compatibilização da ação estatal frente à dignidade da pessoa humana.

Prioriza-se, nesta esfera, o compartilhamento internacional/regional da soberania dos Estados em prol de uma justa e eficiente *justicialização* do sistema interamericano de direitos humanos. Novamente, aqui, alude-se a alguns mecanismos cabíveis.

O primeiro deles abarca a adoção de legislações internas coerentes, eficazes e harmônicas que garantam a implementação integral das decisões da Corte. Segundo, poder-se-ia prever meios eficazes de sancionar o Estado que não cumpriu os termos de suas condenações, utilizando-se, para isto, dos meios já previstos em outros organismos internacionais, tais como as penas de suspensão ou expulsão do Estado dos órgãos que compõem o sistema interamericano.

Outro possível instrumento seria garantir a eficácia da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por intermédio de recursos técnicos, administrativos e financeiros que possibilitassem o desenvolvimento integral de seus trabalhos. Aqui, vale lembrar que o sistema interamericano não dispõe de aparato estrutural, financeiro e moral para fazer valer suas decisões de forma imperativa.

Não obstante, enaltece-se a singularidade da atuação do sistema interamericano. Sem ele, talvez, a América não teria sequer iniciado a proteção da pessoa humana em âmbito internacional. Seu contexto de colonização, lutas, ditaduras e violações foram sempre constantes, e se hoje a situação dos direitos humanos na região está muito além daquela que anteriormente se vislumbrava, é inquestionavelmente mérito de todo este aparato conhecido como sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN 2000)

O que se propõe neste estudo é um caminho de melhoria dos meios internos dos Estados na implementação das decisões da Corte Interamericana a partir da cooperação internacional, visando, em última análise, o alcance da dignidade da pessoa humana no palco – já tão sofrido – do continente americano.

6 PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO NO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE CUNHO NÃO PECUNIÁRIO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A partir do diagnóstico do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana pelos países que reconheceram sua competência contenciosa, demonstra-se evidente o fato de sua resolução definitiva estar em níveis muito inferiores ao demandado pelo regime internacional de proteção dos direitos humanos.

Contempla-se a inexistência ou existência insatisfatória de leis que prevejam o cumprimento integral, no âmbito jurídico nacional, das condenações internacionais: apenas Colômbia e Peru desenvolveram as chamadas *enabling legislations* e, ainda assim, não conseguiram alcançar a coordenação necessária para a fiel execução de todos os termos de suas condenações.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico dos Estados, como meio sistêmico de garantia dos direitos humanos⁷, já deveria estar plenamente apto a garantir, ao menos em tese, a prevalência e a execução das sentenças internacionais. Ainda, em foro interamericano, o disposto no art. 2º da Convenção Americana elenca, taxativamente, a necessidade de compatibilização do direito interno para com o exercício de direitos e liberdades ali previstos.

Ademais, a indispensabilidade de adequação do ordenamento jurídico interno é tanta que o próprio art. 68 da Convenção Americana já articula providência própria para a parte indenizatória da sentença: esta será executada em consonância com o processo interno de execução de sentenças contra o Estado. Entende-se que, ao menos em sua parte pecuniária, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos tratou de sistematizar o modo de cumprimento de suas sentenças. Agora, quanto aos seus termos não pecuniários é que reside o problema majoritário.

⁷ Como debate Luigi Ferrajoli, a crise da capacidade regulativa do direito chegou a um ponto que se manifesta já em um vazio dos direitos humanos, devendo, de fato (entendimento nosso), recuperar sua credibilidade para, ao menos, garantir a prevalência do valor mais essencial na sociedade que hoje se observa: a dignidade da pessoa humana. Em suas palavras: *la crisis de la capacidad regulativa del derecho está manifestándose sobre todo en el plano internacional. A esta escala la globalización se há resuelto em um vacío de derecho público todavía más grave, es decir, em um vacío de reglas, limites y vínculos em garantía de los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, sustraídos a la función de gobierno y control de los viejos poderes estatales.* (Ferrajoli 2014, 162).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

O sistema interamericano, como um todo – a partir da inspeção de seus instrumentos normativos -, baseou-se na voluntariedade do Estado em escolher os meios de cumprimento adequado, em âmbito interno, de suas condenações. Todavia, a Corte dispõe de um método próprio, chamado de Supervisão de Cumprimento de Sentença, para avaliar a efetivação de seus termos em solos nacionais. Apesar de seu inestimável valor, esta prática - como bem se observou ante o extenso debate presente neste trabalho – não garante a real eficácia de suas disposições, mas apenas uma visibilidade mais acurada do respeito ou não dos países para com a competência contenciosa da Corte.

Planeja-se, de tal modo, a essencial atitude dos Estados em arranjam-se, estruturados no ideal da dignidade da pessoa humana, para alcançarem o fiel cumprimento de suas sentenças internacionais. Logo, se o sistema interamericano possibilita aos Estados o cumprimento dos termos sentenciados como melhor entenderem, e se, sozinhos, não conseguiram até então resultados frutíferos – dada a alta margem de descumprimento das medidas impostas pela Corte Interamericana -, leva-se a crer que a concatenação dos países em prol de uma legislação harmônica que estabeleça termos reais de efetivação das sentenças internacionais em solos internos seja o mais prudente a se fazer.

Para tanto, imprescindível se insere a investigação de alguns aspectos da realidade conjuntural dos Estados latino-americanos. A América Latina comporta grandes paradoxos: apesar de seu alto potencial ao desenvolvimento, marca-se por graves desigualdades nos mais diversos âmbitos. Seguindo à regra, os direitos humanos também sofrem influência desta inconstância latino-americana.

Como já se reconheceu, existe uma conexão indispensável entre a democracia e os direitos humanos. Neste ponto, especificamente, a América Latina consolida-se como a única região em desenvolvimento que conta, em sua totalidade, com regimes democráticos. Não obstante, a democracia é afetada pelas características de sua sociedade heterônoma: a pobreza e a desigualdade põem, cotidianamente, à prova a estabilidade democrática e, também, a consolidação dos direitos humanos, dado o ataque direto ao direito à igualdade de seus cidadãos.

Apesar das expectativas depositadas em regimes democráticos para a efetivação dos direitos humanos, muitas delas encontram-se frustradas pelo fato das representações políticas e instituições públicas não cumprirem com seu papel. Por isso mesmo, em locais

tão desiguais como a América Latina, o descrédito neste tipo de regime vem a ser uma constante.

Outro ponto importante atrela-se à sua fragilidade jurídica: a reivindicação por reformas neste campo é constante, dado que as ondas globalizatórias e o desenvolvimento econômico dos Estados não foram acompanhados de uma sistematização adequada do direito, inviabilizando a efetivação de muitos considerados cruciais ao desenvolvimento humano. Ainda, a afirmação de hierarquia privilegiada aos tratados de direitos humanos, na pirâmide jurídica, ainda não fora consolidada em muitos locais.

Esta mesma precariedade jurídica infere-se ao campo jurisdicional: a responsabilidade do Poder Judiciário deve ser majorada para a realização de parâmetros protetivos dos direitos humanos, garantindo-lhes maior densidade normativa e prática. Objetivamente, é dever da América Latina garantir a prevalência dos direitos e garantias fundamentais em todas as suas esferas.

Indica-se a falta de fortalecimento, nos países deste entrecho, de uma cultura voltada aos direitos humanos: não há a quantidade de cadeiras necessárias, para tanto, em universidades, na maioria dos concursos públicos, não se observam provas acerca deste tema e, alarmantemente, não se encontram, facilmente, programas voltados à capacitação dos agentes públicos em direitos humanos – aspecto tão enaltecido pela Corte em suas condenações.

Cabe aos países deste cenário se reorganizarem a partir dos valores atrelados ao Estado de Direito, à democracia e aos direitos humanos: é por estes três pilares estruturais que a sociedade conseguirá atingir a dignidade da pessoa humana, perfazendo-se em um centro equânime, justo e com plenas condições ao desenvolvimento em todas as suas esferas.

Os Estados têm como incumbência possibilitar a multiplicação das cortes internacionais, garantir o acesso a seus cidadãos e, igualmente, aprofundar o diálogo, vertical e horizontal, entre as previsões jurídicas e jurisdicionais que estabelecem parâmetros protetivos aos direitos humanos. Quanto ao diálogo horizontal – ponto crucial desta tese –, abrem-se caminhos para que os sistemas jurídicos latino-americanos se projetem além de suas fronteiras, cambiando experiências constitucionais e fertilizando terreno para a harmonização de suas legislações atreladas ao cumprimento das sentenças,

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

por intermédio de instrumentos cooperacionais que estabeleçam novas previsões normativas nesta matéria.

Naturalmente, este diálogo deve observar a pluralidade social e jurídica que compõe a América Latina. Apesar dos Estados da região abarcarem realidades muito semelhantes – especialmente por terem sido frutos da colonização, de regimes autoritários em tempos recentes e por contarem com grandes problemas estruturais, econômicos e sociais -, ainda assim, cada qual guarda, dentro de seu território, aspectos que garantem sua individualidade. Por isso mesmo, a busca por uma harmonização no cumprimento das sentenças internacionais deve ser pautada em um consenso cooperacional.

Cabe agora expandir e desobstruir os caminhos da cooperação, estruturando-lhe como cerne de uma proposta de harmonização das legislações internas de cumprimento das sentenças internacionais dos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana. Esquematiza-se, em conexão, a necessidade de fortalecimento de um senso ético comum sobre os direitos humanos, facilitando a promoção de instrumentos e medidas que garantam a robustez do sistema interamericano.

Os Estados da América Latina devem se insurgir em Estados Constitucionais Cooperativos, atrelados à cooperação, à integração e à prevalência dos direitos humanos. Em outra dicção, não mais se comporta, nesta região, o clássico Estado Constitucional Nacional, focado em conceitos arcaicos de soberania, impossibilitando os diálogos multilaterais e as proveitosas trocas entre os atores de Direito Internacional. O que se pretende, partindo da premissa de que os direitos humanos, imperiosamente, tendem a nortear toda a sua estrutura societária, é harmonizar as legislações internas a esta realidade.

É salutar que esta cooperação seja desenvolvida em uma linha horizontal, em um contexto de coordenação dos meios suscetíveis de serem consolidados, abolindo quaisquer formas de dominação de um ordenamento jurídico sobre o outro. Não há, deveras, cabimento, no enredo latino-americano, para que uma cultura jurídica venha a prevalecer sobre a outra: os Estados comportam históricos muitos semelhantes quanto aos direitos humanos, devendo, todos eles, partirem da premissa de horizontalidade para a sua possível conexão.

O que se conjectura é justamente o alcance de um direito comum, pautado na cooperação, intentando o progresso dos direitos humanos no continente. Objetivam-se

programas e normativas harmônicas neste campo, a partir de políticas nacionais coerentes, conectadas pelos valores do sistema interamericano. É sabido que nem sempre a previsão de uma condenação internacional traz a efetivação daquele direito em foro nacional.

Na esfera do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, abrem-se, taxativamente, possibilidades de produção normativa cooperativa para o cumprimento das condenações da Corte Interamericana, alinhando-se, assim, à proposta, deste estudo: convenientemente, a OEA intenta o diálogo multilateral nas Américas, difundindo o sentimento de solidariedade e preconizando a cooperação para o fortalecimento institucional dos Estados que a compõe. Fora por intermédio de seus impulsos que se adotaram tratados multilaterais para a harmonização das legislações latino-americanas sobre os direitos humanos.

Sabe-se que a realização da cooperação nos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana não é tarefa fácil. Não obstante, há instrumentos já assentados em solos latino-americanos que podem vir a garantir uma base, ao menos estrutural, para um acordo de cooperação que vise harmonizar as legislações internas quanto ao cumprimento das sentenças daquele órgão.

Para isso, parte-se à análise de alguns instrumentos cooperacionais concebidos no bojo dos Estados que aceitaram a competência da Corte. Iniciar-se-á o exame dos instrumentos brasileiros⁸ e, após, serão apresentadas as propostas de harmonização das legislações.

Já no início dos anos 90, por intermédio da Secretaria de Direitos Humanos, o governo do Brasil tem implementado programas de cooperação entre os países do Sul. Há, deveras, três grandes iniciativas já consolidadas e com resultados proveitosos para os países que da cooperação se valeram. O primeiro projeto fora idealizado entre Brasil e Colômbia, intitulado “Fortalecimento institucional para a implementação de políticas públicas destinadas à garantia dos Direitos Humanos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros”. Seu alvo foram ações destinadas a garantir a plena eficácia dos direitos

⁸ Alude-se ao fato de que os instrumentos nacionais são os de maior familiaridade para este estudo, sendo de maior valia a análise aprofundada de tais para a feição de uma proposta de legislação harmônica na temática deste trabalho.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

destas pessoas, pautando-se, para tanto, em um diálogo permanente entre toda a sociedade e o fortalecimento institucional dos países.

O segundo projeto baseia-se na cooperação entre Brasil e El Salvador, chamado de “Enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes”, visando desenvolver bases para melhorar a qualidade de vida das crianças e adolescentes daqueles lugares. Utiliza-se dos seguintes modelos brasileiros: Plano de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil no Território Brasileiro (PAIR) e Serviço de Disque Denúncia Nacional (“Disque 100”). O terceiro projeto realizou-se entre Brasil e Haiti, denominado de “Fortalecimento da capacidade institucional de agentes governamentais e não-governamentais do Haiti para promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência”.

Apesar do Brasil ter implementado estes projetos cooperacionais, traçam-se inúmeros paradoxos internos ainda não superados: falta de transparência, informação e descoordenação de suas ações; limitação fática de seus projetos cooperacionais; não observância dos preceitos necessários ao desenvolvimento sustentável; reprodução das discrepâncias nacionais; entre outros.

Vinculando a cooperação aos direitos humanos, enaltecem-se os esforços cooperacionais entre as nações do hemisfério sul e o Haiti. Estado devastado pela pobreza, pela falta de recursos e por catástrofes naturais, o Haiti fora beneficiado pela cooperação da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru e Uruguai, que enviaram ajuda humanitária e tropas para missão naquele país. Esta cooperação, no entrecho Sul-Sul (CSS), fora de extrema relevância tanto para o Haiti, quanto para os Estados que dela participaram: transformou, em termos estruturais, a coordenação entre estes, redimensionando e ampliando a cooperação (PATRINÓS 2014).

Lamentavelmente, não obstante o valor inestimável de todo este contexto cooperacional, apenas 4% de toda a cooperação regional pauta-se em projetos atrelados aos direitos humanos. Em outros termos, projetos que visem a melhoria do marco institucional e jurídico de prevalência dos direitos humanos – exemplificativamente, a existência de leis internas que prevejam o fiel cumprimento das condenações internacionais -, bem como aqueles que norteiam a instituição de programas de ação para a proteção e promoção dos direitos na região ainda não são prioridades cooperacionais entre aqueles países.

Talvez o maior impulso dado à cooperação, atrelado-a à efetivação dos direitos humanos na América Latina, tenha se desenvolvido pelo Consórcio Latino Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos. Fundado pela Universidade Católica do Peru, Universidade Iberoamericana do México, Universidade de Buenos Aires, Universidade de La Plata, Universidade Diego Portales do Chile, Universidade Externado da Colômbia, Universidade Federal da Paraíba, Universidade de Brasília, Universidade Federal do Pará, Universidade Austral do Chile e pela Universidade do Vale do Rio Sinos, o Consórcio propõe uma maior aproximação no diálogo, entre a América Latina, de consolidação dos direitos humanos, fortalecendo sua cultura a partir da troca de experiências, com a criação de um espaço comum para o diálogo, propondo normativas a partir de suas peculiaridades.

Previamente às propostas de harmonização, oportuno se faz traçar a indispensabilidade dos Estados capacitarem seus agentes que atuam na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos: esquematiza-se imprescindível a comunicação entre os agentes que atuam nas cortes internacionais e os oficiais nacionais que desenvolvam políticas, a nível doméstico, de implementação das decisões internacionais. Também, a troca de experiências de políticas públicas entre os governos destes Estados acaba por ser fundamental. Só a partir de tais diálogos é que se torna possível o efetivo cumprimento das decisões internacionais.

Outro papel crucial repousa na instrução da sociedade civil quanto ao acesso e cumprimento das determinações dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. Os indivíduos podem se tornar verdadeiros *experts* em cortes internacionais, capazes de monitorar plenamente as ações dos Estados em prol dos direitos humanos.

Sem embargo de tais previsões, prudente se coloca dizer que este trabalho encontra seu clímax neste momento: acredita-se que os termos cooperacionais, para uma proposta de harmonização, assentam-se, mais especificamente – e não unicamente – em termos legais, pautando-se em modos obrigacionais previstos em acordos internacionais. Assim sendo, urge a dúvida: como compatibilizar a estrutura dos ordenamentos jurídicos para com uma legislação coordenada de fiel cumprimento das disposições não pecuniárias das sentenças da Corte Interamericana?

A resposta supõe duas vias: a primeira delas se daria a partir das legislações de cumprimento de sentenças internacionais já existentes em ambiente interamericano – caso da Colômbia e do Peru. Neste espectro, dever-se-ia, então, ter os ordenamentos jurídicos

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

colombianos e peruanos como provedores da cooperação técnica jurídica, garantindo, aos outros Estados, o provento de estruturas, ao menos de base, para o implemento de suas legislações internas.

Como segundo sugestão, desconsiderar-se-ia a legislação colombiana e peruana, atinando-se a novos termos obrigacionais a todos aqueles Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte. Então, neste panorama, ter-se-ia um novo arranjo legal para o cumprimento das condenações da Corte Interamericana.

Esta novidade poder-se-ia pautar, inicialmente na experiência do Reino Unido para com a implementação de suas condenações advindas da Corte Europeia de Direitos Humanos: ali, adotou-se uma aproximação coordenada entre ramos do governo para melhor e maior consolidação dos direitos humanos em seu território. O Ministério da Justiça desempenharia o papel de liderança na execução das sentenças, estando encarregado de coordenar a informação entre os departamentos e ministérios relevantes, transmitindo posteriormente informações à Oficina de Relações Exteriores e da *Commonwealth*, bem como aos delegados estatais no Conselho da Europa. Entretanto, nesta situação não há a previsão de uma normativa imposta à atuação.

Novamente, remete-se ao fato de que, quanto ao desenvolvimento do acordo, a realidade dos Estados demandaria disposições muito mais heterogêneas que aquelas aqui brevemente reportadas. Quer-se, apenas, contribuir doutrinariamente com vias cooperacionais de possibilidades aos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana para que cumpram integralmente com os termos de suas condenações, alinhando suas posturas em um ideal harmônico, pautado, sempre, na prevalência da dignidade da pessoa humana – postulado finalístico dos direitos humanos.

Esta dupla proposta de harmonização faz com que os interesses regionais sejam respeitados e prevaleça a coordenação em detrimento da subordinação: para os Estados acordarem, indispensável se verifica sua voluntariedade para, a partir daí, estarem incumbidos impositivamente no seu cumprimento.

Não está se prevendo a prevalência de um ordenamento jurídico sobre o outro – justamente por este motivo que se atrelou o estudo em disposições cooperacionais – e nem se quer que as normativas internas sejam dominadas e domesticadas por terceiras. O que se buscou, exaustivamente, fora o alinhamento dos Estados que compõem o sistema interamericano à demanda atual da sociedade, prevendo, como valor fundamental, o

reconhecimento, a efetivação e a consolidação dos direitos humanos. Só assim será exequível a conformação do ambiente latino-americano à realidade tão sonhada por seus povos, com o fim das violações e da ineficácia dos direitos humanos.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou a elaboração de propostas passíveis de harmonizar o cumprimento dos termos não pecuniários das sentenças da Corte Interamericana. Alcançaram-se, assim, duas orientações: uma com base nas *enabling legislations* já existentes, caso do Peru e da Colômbia, e outra pautada na prática do Reino Unido, incorporando-a à realidade interamericana.

Primeiramente, há de ser dito que em decorrência do aparecimento de diversas sociedades, balizou-se a sociedade estatal como aquela ligada a valores políticos – sociedade política. A partir de então, o Estado só conseguiu alcançar os anseios sociais pela regência de um poder político soberano. Em tempos mais recentes, o poder soberano, acima de qualquer ordem ou valor, não mais se coaduna com as pretensões societárias: esta se encontra pautada no princípio democrático e a política, atribuição estatal, deve estar alinhada aos direitos humanos e buscar formas de protegê-los.

A soberania do Estado, sem dúvidas, viera a se transformar em consonância com as pretensões da nova ordem internacional: não mais se comporta, nesta realidade, a soberania como poder de império e dominação do Estado, flexibilizando-lhe para atender ao *jus cogens*. Para tanto, desenvolveu-se sobremaneira o instituto da cooperação. Assim, a soberania, hoje, garante a independência e a não-ingêrência dos Estados em ambiente internacional, bem como o respeito aos direitos humanos e ao axioma da paz.

A partir desta nova realidade e com o advento da globalização, despontou a interligação entre os Estados, requerendo esforços cooperativos para que a igualdade entre eles opere de maneira efetiva. Ademais, esta interconexão resultou no surgimento das organizações internacionais, capazes de estabelecer definitivamente o *jus cogens*.

Não obstante, o Estado continua sendo o protetor primário dos direitos humanos, mas, em uma realidade de interdependência e de aparecimento das organizações internacionais, viu-se na obrigação de se conformar a esses novos moldes, expandindo, assim, a cooperação internacional.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Diante da mutação do conceito clássico de soberania estatal e do repúdio às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, o processo de internacionalização dos direitos humanos alterou o próprio Direito Internacional, incumbindo-lhe na supervisão da postura estatal frente a sua proteção, dado que, primariamente, a proteção dos direitos humanos repousa na atuação do Estado. Surge então, como disciplina autônoma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O sistema interamericano fora estabelecido por intermédio dos esforços dos Estados da região: ainda que suas questões internas configurassem diversos paradoxos à efetivação dos direitos humanos, os países cooperaram e coordenaram-se para a criação da Organização dos Estados Americanos. Esta, para a fiel proteção dos direitos, conta com dois órgãos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além de proteger e de efetivar os direitos na região, o sistema interamericano contribuiu exaustivamente para a consolidação da democracia e da cooperação neste entrecho, dado que seus próprios pilares estruturais se baseiam nestes institutos. O respaldo à proteção dos direitos humanos é determinado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seu Protocolo Adicional, cujos quais podem ser ratificados pelos Estados-membros da OEA. Sua fiscalização de cumprimento é atribuída à Comissão e à Corte Interamericana – caso o Estado consinta em se submeter a este último órgão.

A Comissão Interamericana é qualificada como o primeiro órgão do sistema interamericano atrelado à promoção e proteção dos direitos humanos. Percebe-se que seus trabalhos são de extrema valia: por intermédio de suas visitas *in loco* e de seus relatórios especiais, sabe-se acerca da real condição dos direitos no interior de cada Estado que ratificou a Convenção. Também, com a possibilidade de recebimento de petições individuais e interestatais sobre eventuais violações, realiza o significativo crivo prévio (quanto aos aspectos formais e ao mérito da petição) sobre a apresentação ou não dos casos à Corte. Conclui-se, a partir deste fato, que o indivíduo não possui, no sistema interamericano, o acesso direto ao órgão jurisdicional.

A Corte Interamericana, por sua vez, tem o propósito de harmonizar a interpretação da Convenção Interamericana, a partir de sua competência consultiva, e, igualmente, julgar os casos de violações aos direitos humanos acometidos pelos Estados.

Para esta última atuação, é indispensável a aceitação expressa de sua competência contenciosa.

Como fruto de sua competência jurisdicional, a Corte emite uma sentença internacional, condenando o Estado. Conclui-se que esta sentença possui livre trânsito no ordenamento jurídico do país que fora condenado, devendo este garantir seu cumprimento de imediato. Quanto à condenação, abriga ela duas esferas: uma de cunho pecuniário e outra de cunho não pecuniário. Não obstante a previsão do art. 68.2 da Convenção Americana, os Estados que foram condenados pela Corte ainda não atingiram níveis satisfatórios de cumprimento das suas condenações pecuniárias; conseqüentemente, quanto às outras previsões, de liberalidade total quanto ao modo execução pelos Estados, o descumprimento acaba por ser, infelizmente, a regra. Lamentavelmente, a grande maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais sequer faz alusão aos meios de realização interna da responsabilidade internacional do Estado.

A Corte prevê dois métodos de exigir o cumprimento de suas sentenças: informes obrigatórios pelos Estados e previsão no relatório anual da Assembleia Geral da OEA. Todavia, tais artificios não estão garantindo a eficácia de suas prolações e muito menos a efetividade dos direitos humanos em solos nacionais, tornando-se explícita a necessidade de se consolidarem vias alternativas para tanto. Deduz esta tese que o caminho mais plausível repousa na cooperação entre os Estados que aceitaram a competência contenciosa da Corte, justamente por possibilitar que o compartilhamento de soberanias esteja atrelado à consolidação dos direitos humanos e, igualmente, que as particularidades locais sejam respeitadas. A cooperação internacional, neste sentido, coaduna-se com a liberalidade dos Estados, com os valores do sistema interamericano e com a possibilidade de implementação dos ordenamentos jurídicos internos em prol da efetivação dos direitos humanos.

Ainda que não garantam o cumprimento integral de suas condenações, são notórios os esforços do Peru e Colômbia no desenvolvimento dos modos de cumprimento das sentenças internacionais - as chamadas *enabling legislations*. Nesse ponto, deduz-se que, a partir da cooperação, Peru e Colômbia concederiam sua técnica jurídica para a elaboração da lei, ao passo que os outros Estados apresentariam propostas para a melhoria daquelas legislações previamente existentes, consolidando uma proposta harmônica e

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

passível de incrementar o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana internamente.

Como via alternativa, elaborou-se uma segunda proposta de harmonização: pautada na experiência do Reino Unido, abriu-se a possibilidade aos Estados do entrecho interamericano, por intermédio da cooperação, aproximarem suas ações estatais, visando uma melhoria na efetivação dos termos condenatórios não pecuniários. Todavia, diferentemente daquele modelo, o projeto aqui apresentado se daria em bases normativas, consolidando entendimentos comuns pela cooperação.

Finalmente, depreende-se que a eficácia dos direitos humanos notadamente naqueles países que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana, tem um árduo caminho a percorrer até que se atinjam níveis satisfatórios em sua implementação interna. O sistema interamericano, de fato, trouxera avanços na proteção e consolidação destes direitos; não obstante, os valores atrelados à dignidade da pessoa humana impõem aos Estados - cuja liberalidade em participar do sistema e de seu órgão jurisdicional é reconhecida - a exigência de consumir o compartilhamento de suas soberanias por intermédio de instrumentos cooperativos, visando, em última análise, a fiel execução de todos os termos prolatados pela Corte.

Pressupõe-se que a harmonização das legislações – considerando suas peculiaridades locais e os anseios de suas sociedades -, especialmente quanto à aplicação dos pontos não pecuniários de suas condenações, a partir da análise dos resultados alcançados pelos países que já se utilizam de vetores cooperativos, venha a ser a melhor via para que se conformem à nova realidade de concretização do *jus cogens*, especialmente de sua medida atrelada aos direitos humanos. Irrompem-se, assim, as propostas apresentadas neste estudo de harmonização do cumprimento dos termos não pecuniários das sentenças da Corte Interamericana, propiciando a conformação dos países em reais Estados Constitucionais Cooperativos, a estabilização do sistema interamericano e a efetiva proteção dos direitos humanos de seus cidadãos.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas. **La Proteccion Internacional de los Derechos Humanos en las Americas**. Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. São José da Costa Rica: IIDH-CICV-ACNUR-Comissão Europeia, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L. **Derecho internacional de los derechos humanos**. 2 ed. Buenos Aires, 2007.

PATRINÓS, Paula Rodriguez. **Mercosur, Unasur y Haití. Cooperación regional em derechos humanos**. Buenos Aires: Instituto de Políticas Públicas del MERCOSUR (IPPDH), 2014.

PINTO, Monica. **El derecho internacional. Vigencia y desafios en um escenario globalizado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESCIA, Victor Manuel Rodrigues. **La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos**. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 1997.

SANTAGATI, Claudio Jesús. **Manual de derechos humanos**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2009.

SIEGHART, Paul. **International human rights law: some current problems**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Submetido em 28/08/2020

Aprovado em 28/09/2020

AS CRISES BRASILEIRAS E OS DIREITOS SOCIAIS: COMO AS DIFICULDADES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E SANITÁRIAS AGRAVAM A POBREZA EXTREMA NO COTIDIANO ATUAL**BRAZILIAN CRISES AND SOCIAL RIGHTS: HOW ECONOMIC, POLITICAL AND HEALTH DIFFICULTIES AGGRAVATE EXTREME POVERTY IN TODAY'S DAILY LIFE**

Para que as coisas fiquem como eram,
será preciso mudar.

Giuseppe di Lampedusa.

Renata de Assis Calsing^I

Hadassah Laís de Sousa Santana^{II}

Júlio Edstron S. Santos^{III}

RESUMO

A problematização desta pesquisa é como é necessária a manutenção e expansão dos direitos sociais, no contexto da atual crise financeira, política e sanitária brasileira. Para isso, foram empregadas as técnicas de revisão bibliográfica e análise dos dados primários disponíveis pelos órgãos oficiais e com a utilização do método hipotético dedutivo, apontou que há uma distância entre as previsões jurídicas e o contexto social de necessidades de

ABSTRACT

The problematization pursued in this research was, why is it necessary to maintain and expand social rights, in the context of the Brazilian financial, political and health crisis? For this, the techniques of bibliographic review and analysis of the primary data available by the official bodies were used and with the use of the hypothetical deductive method, it was pointed out that there is a distance between the legal forecasts and the social

^I Professora Titular do curso de Direito e do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF. Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, *Panthéon-Sorbonne*. Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Auditora Federal de Finanças e Controle do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Atualmente exerce o cargo de Assessora Especial da Corregedoria-Geral da Justiça Federal no Conselho da Justiça Federal. Professora Associada do PPGD-UNICEUB.

^{II} Doutora e mestre pela Universidade Católica de Brasília. Assessora legislativa em matéria tributária na Câmara Federal. Advogada. Professora no Instituto Brasiliense de Direito Público.

^{III} Professor do IDASP e Uninassau de Palmas. Diretor Geral do ISCON do TCE do Tocantins. Doutor em Direito pelo UniCEUB. Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB/DF. Membro dos grupos de pesquisa NEPATS - Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor da UCB/DF, Políticas Públicas e Juspositivismo, Jusmoralismo e Justiça Política do UNICEUB. E-mail: edstron@yahoo.com.br.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

milhões de brasileiros que estão na linha da pobreza e outros milhões que foram empurrados para a margem da pobreza extrema. O objetivo geral foi apontar que é necessário a manutenção e expansão dos direitos sociais, como uma proteção, neste momento de dificuldades.

context of the needs of millions of Brazilians who are on the poverty line and millions more who have been pushed to the edge of extreme poverty. The general objective was to point out that it is necessary to maintain and expand social rights, as a protection, in this moment of difficulties.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Sociais. Crise Sanitária. Crise Econômica. Crise Política Efetividade dos Direitos. Pobreza Extrema.

KEYWORDS

Social Rights. Sanitary Crisis. Economic Crisis. Political Crisis Effectiveness of Rights. Extreme Poverty.

1 INTRODUÇÃO

O primeiro semestre do ano de 2020 foi singular para toda a humanidade devido ao enfrentamento da maior pandemia deste século causada pela COVID 19, uma doença letal que em poucas semanas foi disseminada em todos os países do mundo, desafiando os sistemas de saúde para que fossem salvas vidas humanas.

No Brasil, há a manifestação de três crises simultâneas, política, econômica e sanitária, por causa da COVID 19 e, devido a esta tríplice dificuldade, a população convive com a insegurança e o medo. A palavra crise está presente no cotidiano das pessoas. Além do que, ao se somar estes fatores, verifica-se que a ação estatal não consegue avançar rapidamente na agenda de efetivação dos direitos sociais, como a saúde e o trabalho.

Como consequência milhões de brasileiros perderam seus empregos, outros milhões de trabalhadores informais estão sem condição de exercer atividades remuneradas e estes números aumentam velozmente, incrementando os índices de pessoas que estão sendo empurradas para a linha da pobreza e para a margem da pobreza extrema.

Além do problema do desemprego, a COVID 19, doença que ainda não tem um tratamento efetivo, vem exigindo melhorias nas condições de atendimento hospitalar, causando um risco de colapso no sistema de saúde, ou seja, a possibilidade de se presenciar a incapacidade de atendimento médico e hospitalar ao cidadão.

Diante este quadro, a dimensão metodológica foi contemplada com a problematização sintetizada em por que é necessária a manutenção e expansão dos direitos sociais, no contexto da atual crise financeira, política e sanitária brasileira?

Para buscar responder a essa indagação, serão utilizados o método hipotético dedutivo e as técnicas de revisão bibliográfica e análise dos dados primários oficiais que estão sendo divulgados, e o objetivo geral é demonstrar que há uma distância entre a consagração dos direitos sociais no Brasil, em patamar constitucional e com a internalização de diversos tratados de direitos humanos sobre esta dimensão de direitos, deixando literalmente milhões de brasileiros na miséria, em contradição com o fato de a nação brasileira figurar como a sexta maior economia do mundo.

A crise brasileira atual foi sintetizada em três dimensões distintas, mas que são complementares; a primeira, o desafio político que, pelo menos desde o ano de 2005, está em constante atrito entre correntes ideológicas diferentes que têm tido dificuldade de dialogar e buscar soluções possíveis, tal qual é o procedimento democrático.

Neste tocante, será focado que o presidencialismo, que se inaugurou com a eleição do Marechal Deodoro da Fonseca em 1894 perdura até a atualidade enfrentando dificuldades. O ponto central é que, com o último processo de redemocratização consolidado pela Constituição de 1988, o presidencialismo de coalizão passou a ser uma prática comum.

Porém, pelos excessos demonstrados nos grandes escândalos nacionais, como o mensalão e petróleo, o presidencialismo de coalizão sofre duras críticas por causa das tênues relações entre o Poder Executivo e Legislativo e não está conseguindo atender as necessidades da sociedade brasileira.

A segunda dimensão de crise é a econômica, conjuntura em que quase todos os seguimentos produtivos estão em queda, apenas o agronegócio se mantém com índices positivos. Desta maneira, há uma onda sem precedentes de demissões e, por consequência, o aumento de pessoas que sobrevivem na linha da pobreza ou, mesmo, na margem da pobreza extrema, que são as pessoas que recebem menos de nove reais por dia.

A intenção é demonstrar que a crise econômica impacta na prestação de direitos sociais à população, porque quase todos os direitos previstos nesta dimensão normativa precisam de recursos para se concretizarem, tendo como exemplo, o direito à saúde que tem reconhecimento interno (direito fundamental) e internacional (direitos humanos).

Porém, buscar-se-á demonstrar que, mesmo neste ambiente de crise, foi aprovada uma Proposta de Emenda à Constituição – a PEC de Guerra – possibilitando que a União fizesse consideráveis investimentos no combate à COVID 19, inclusive, com a transferência de recursos para estados-membros, municípios e entidades da sociedade civil organizada, que auxiliam a Administração Pública.

A terceira dimensão da crise é a sanitária causada pela COVID 19, uma doença surgida na China no final do ano de 2019 e que se espalhou em semanas para todos os países do mundo, desencadeando uma pandemia mundial, decretada pela Organização

Mundial de Saúde. A COVID 19 é uma doença com alto grau de contágio, tendo infectado mais de um milhão de cidadãos no Brasil e que está atingindo a previsão inicial dos órgãos sanitários de mais de cem mil mortos apenas no território nacional.

Após a exposição destas três crises, serão apresentados os fundamentos históricos e jurídicos dos direitos sociais, fulcrando o entendimento de que eles estão previstos na Constituição e em diversos tratados recepcionados pelo Brasil. Bem como, possuem dimensão subjetivas e, também, gerando obrigações objetivas ao Estado que deve criar mecanismos para sua solidificação na sociedade.

O entendimento que será buscado é que há uma distância entre a consagração dos direitos sociais em documentos jurídicos relevantes e as dificuldades de acesso pela população, tal como vem ocorrendo com o emprego, trabalho e saúde. Por fim, buscar-se-á elucidar que a negação da efetividade desses direitos é uma afronta às pessoas, à sociedade e ao próprio Direito vigente.

2 UM PANORAMA DOS ATUAIS PROBLEMAS BRASILEIROS

O escritor e filósofo espanhol *Ortega y Gasset* certa vez discursou que: “toda a vida é encontrar-se, como dizíamos, sem saber como, em circunstâncias inexoráveis de lugar e tempo” (2005, p. 270), podendo este pensamento significar a necessidade de, constantemente, haver a necessidade de se tomar e de rever as decisões que são tomadas pelas pessoas ou pelo Estado. Especialmente, em um momento tão conturbado como o que está acontecendo com o ano de 2020.

As dificuldades do atual momento também foram sintetizadas por Luiz Felipe Pondé com a afirmação de que: “uma agenda para o contemporâneo é um ato de coragem!” (2019, p.20). Isto porque Estado está sobrecarregado. O Mercado parcialmente esvaziado devido à necessidade de isolamento social, os índices de produção e contratação da indústria e do comércio brasileiros estão em queda. Somente o agronegócio se mantém lucrativo¹ no Brasil no ano de 2020.

É possível reconhecer que o rol de dificuldades enfrentadas, neste momento, gerará problemas para toda a nação, dado que, sem se concretizar as relações de consumo,

¹ Observatório Nacional Sesi/Senai. Boletim de prospectiva e mercado de trabalho n. 10, 02 Junho de 2020.

haverá uma diminuição de arrecadação de tributos e, em situação tautológica, ao se minimizar as relações empresariais, tornam-se indisponíveis novos recursos financeiros para investimentos sociais estatais que, por sua vez, também podem diminuir as relações de consumeristas por diminuição da renda familiar.

Neste ambiente de crise, volta à tona a cantilena de que a efetivação dos direitos fundamentais e humanos precisam de investimentos financeiros estatais. Somando-se a esta situação ouve-se a advertência de que “os direitos não nascem em árvores”, como lecionou Flávio Galdino (2005, p; 15), e um Estado sem dinheiro não consegue proteger os direitos fundamentais, segundo o ensinamento de Holmes e Sunstein (2015). Logo a dimensão econômica não pode ser dissociada da aplicação do Direito, mas, também, as construções dos direitos essenciais não podem ser subordinadas às leis de mercado.

Agravando este quadro percebe-se que o ano de 2020 está sendo anômalo para todo o planeta. A humanidade foi confrontada com um vírus que adentrou em todos os países e, apesar dos esforços estatais e da ação de Organismos internacionais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS) que, para conter a disseminação da nova cepa de coronavírus, declarou situação de pandemia global, possibilitando a utilização dos mais rígidos protocolos sanitários universais voltados para o combate ao vírus que continua a se espalhar rapidamente, principalmente, na África, Brasil e Estados Unidos da América.

Este ano também não está sendo auspicioso para o Brasil. Há a presença de três situações muito problemáticas para o Estado, as pessoas e a própria integridade do Direito brasileiro; por um lado, perdura uma crise política que já dura três mandatos presidenciais (Dilma, Temer e Bolsonaro), fato que propicia suspeita e acirramento de posições ideológicas, tal qual argumentou Jessé Souza (2019).

(...) não temos dúvidas de que estamos no final de um ciclo no que diz respeito à democracia brasileira. Estamos encerrando um ciclo em relação às características do governo de esquerda que existe no Brasil desde 2003; estamos encerrando um período no que diz respeito ao presidencialismo de coalizão e sua capacidade de ancorar o sistema político e da capacidade do estado de financiá-la sem gerar fortes conflitos distributivos (AVRITZER, 2018, p. 109.)

Em 2020, uma das palavras mais ouvidas, no Brasil, é crise que, neste trabalho, será considerada como “o momento da verdade, um ponto de virada no qual as condições

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

antes e depois daquele “momento” são “muito mais” diferentes umas das outras que antes e depois da maioria desses momentos (DIAMOND, 2019, p. 15).

De outra posição, presencia-se uma crise econômica que empurra literalmente milhões de pessoas para a linha da pobreza e outros tantos milhões de cidadãos a condição de extrema pobreza, conforme as pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE/2020), ou seja, seres humanos que sobrevivem com menos de nove reais por dia, quantia que visa atender a todas as necessidades como moradia, alimentação, educação, saúde, etc.

Outro ângulo crítico é a pandemia causada pela COVID 19 que impõe um grande desarranjo sanitário no Brasil, sobrecarregando o sistema de saúde, que se encontra em uma situação de colapso tanto na rede pública quanto na privada, ocasião em que os pacientes podem não ter leitos, profissionais ou equipamentos para o seu tratamento.

A crise é tríplice e inevitável, de saúde coletiva, econômico-social e política. Temos que evitar uma crise moral. Por todo canto do mundo, imaginava-se que jamais ocorreria uma pandemia como esta, que derrotaria logo de início os mais diferentes sistemas de saúde. Por isto, faltam leitos, equipamentos e pessoal. As exceções são raras e irreprodutíveis (ABRANCHES, 2020, p. 2).

Neste momento, as discussões sobre a construção de modelos estatais liberais e/ou sociais são suplantados por uma realidade, em que se exige um Estado necessário e a proteção de uma democracia possível, frente a um ambiente tão conturbado do cenário nacional e internacional, tal qual apontaram Levitsky e Ziblat (2019), Snyder (2019) e Arantes (2019).

O mínimo retrocesso nos espaços de participação é preocupante, pois embora haja períodos de regressão e progressão, estendendo a metáfora da escada, alguém que ruma na trajetória ascendente galga degrau por degrau, mas, se por qualquer motivo cai, seu deslocamento para baixo não se deterá no degrau imediatamente inferior, mas segue até o mais profundo que suas forças conseguirem impedir (BRITTO, OLIVEIRA, 2020, p.362).

Portanto, o momento atual brasileiro é muito singular, gerando reflexões, inclusive, sobre o Direito nacional que passa por contestações sobre a sua efetividade, tal qual indicou Cristiano Paixão (2020).

Tendo como exemplo que, no mês de junho de 2020, na Câmara dos Deputados Federais, há 2608 projetos^{II} e, no Senado Federal, 2042 projetos legislativos^{III} que contemplam praticamente todas as espécies legislativas previstas no artigo 59 da Constituição Cidadã existem 4.650 (quatro mil seiscentos e cinquenta) proposições legislativas especificamente sobre a COVID 19, e este número não para de subir, ou seja, apenas, na instância política federal, possui material para votação substancial sobre um único tema que aflige o país.

A inquietação jurídica materializa-se quando se faz a conta de que há 4.650 (quatro mil seiscentos e cinquenta) projetos legislativos em tramitação na esfera federal. Sendo que uma ilação possível é que caso o Congresso Nacional, ou seja, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, analisassem e aprovassem cem projetos por mês, somente ao final de mais de três anos (46.50 meses), todas as ações legislativas seriam implementadas.

Para não cansar o leitor e para provar o que se está a dizer, vamos dispor alguns números: até meados de abril de 2020, só no âmbito federal, foram editadas mais de cem portarias, mais de cinquenta resoluções, mais de vinte instruções normativas, mais de trinta decretos, mais de dez medidas provisórias etc. Somado a esse grande número de normas, poder-se-ia agregar todas as outras expedidas nos âmbitos dos demais entes federados (v.g. Estados, Distrito Federal e Municípios). O número é realmente impactante se pensarmos que a crise, no Brasil, é vivenciada efetivamente há pouco mais de dois meses (HEINEN, 2020, p. 35).

Os problemas dessa alta produção legislativa podem ser divididos em duas questões, uma é a qualidade da legislação produzida às pressas, o que já está sendo alvo de intensos debates jurídicos e judiciais e, na segunda, há ainda mais distanciamento entre a declaração de direitos e a sua efetividade jurídica.

^{II} Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=true&q=COVID%2019&tipos=PEC,PLP,PL,MPV,PLV,PDL,PRC,REQ,RIC,RCP,MSC,INC>. Acesso em 10 junho de 2020.

^{III} Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&_materia_WAR_atividadeportlet_p=1&_materia_WAR_atividadeportlet_tipo=&_materia_WAR_atividadeportlet_ano=2020&_materia_WAR_atividadeportlet_numero=&_materia_WAR_atividadeportlet_palavraChave=&_materia_WAR_atividadeportlet_btnSubmit=&_materia_WAR_atividadeportlet_auto_r=. Acesso em 12 junho de 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

A situação excepcional em que vivemos reclama interpretações condizentes, mas não permite seja contrariado o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Parece mais do que razoável e clara a manutenção da legalidade, mesmo em situações de crise. E isso foi feito por todas as Nações, ainda que em épocas tão duras quanto (HEINEN, 2020, p. 35).

Relembra-se que, no Brasil, há três esferas de produção legislativa distintas e com competências previstas na Constituição, a União, com foco nacional, os Estado-membros com dimensão regional e os Municípios com preocupações locais. Todos orientados pela distribuição horizontal de capacidades constitucionais, orientadas pelo princípio da predominância do interesse, conforme Lopes Filho (2018). Bem como, uma instância híbrida que é o Distrito Federal com a acumulação das capacidades estaduais e municipais e, como consequência, todos estão em alta produção legislativa para atender as demandas que emanam das dimensões da atual crise.

Se torna claro que o presente e o futuro do Brasil, neste instante, estão nebulosos, há um risco de possíveis convulsões sociais e de colapso no atendimento do direito social à saúde. As três dimensões da crise agravam-se e juntas dificultam as ações da Administração Pública e o atendimento das necessidades dos cidadãos, principalmente a efetivação de direitos sociais.

2.1 A atual crise política no Brasil

Denominou-se esta parte de atual crise política porque a história nacional e jurídica brasileira é complexa e com constantes versões díspares para rupturas com a ordem constitucional, tendo como exemplos, a posição do Visconde de Ouro Preto (2017), o último primeiro ministro do Império que interpretou a proclamação da República como uma ditadura militar; Hans Kelsen (1995) emitindo parecer sobre a jurisdição^{IV} do Estado Novo na década de 1930 e Miguel Reale que, ainda sob o calor dos acontecimentos, escreveu que os atos civis e militares no ano de 1964 foram tomados

^{IV} Não existe diferença essencial entre um governo de fato e um governo "*de jure*" em direito das gentes e menos ainda no domínio do direito constitucional. Admitindo que o Governo Provisório é a mais alta autoridade legislativa que saiu diretamente da revolução, sem dúvida daquele governo depende determinar a convocação e a competência da Assembleia Nacional Constituinte (KELSEN, 1933, p. 1).

para se cumprir os “imperativos indeclináveis de livrar-nos do comunismo e da corrupção (...) necessários à execução do plano de reformas há tanto tempo reclamadas pelo povo” (1965, p. 21), posição que não é aceita pela literatura atual, como se posicionam academicamente Boris Fausto (2018) e Elio Gaspari (2018).

A Terceira República brasileira, inaugurada com a Constituição de 1988, seguiu a tradição iniciada em 1894 com a eleição indireta do Marechal Deodoro da Fonseca para o cargo de Presidente da República, momento em que já se ouviam críticas sobre a concentração de competências no Poder Executivo, tal qual lecionou Ernest Hambloch (2000).

Do século XIX até o instante atual, o presidencialismo no Brasil enraizou e tornou-se uma das principais instituições políticas, sobrevivendo a períodos de calamidades, dúvidas, inseguranças e, até mesmo, atos de autoritarismo como dissertaram Prado, Oliveira e Santos (2018).

Em todos os mandatos presidenciais democráticos, ocorreram crises generalizadas e momentos de tensão entre os poderes constituídos brasileiros, sendo que as interações entre o Poder Executivo e Legislativo, para o cumprimento das competências constitucionais e a implantação de planos de governo, foram marcadas por alianças políticas e uma tênue relação de nomeação para cargos públicos de apoiadores de seguimentos institucionalizados, que ficou denominado como presidencialismo de coalizão.

O presidencialismo de coalizão não é inexoravelmente instável, nem promove a ingovernabilidade crônica ou cíclica. Mas, por suas singularidades, principalmente a dependência da Presidência da República para com uma grande coalizão, com graus irredutíveis de heterogeneidade, ele requer mecanismos muito ágeis de mediação institucional e resolução de um conflito entre os poderes políticos da República (ABRANCHES, 2019, p. 341).

Além disso, Ernane Costa Junior (2017) dissertou sobre os problemas do presidencialismo de coalizão, agravados por escândalos de corrupção nacionais como petrolão e mensalão e a dificuldade de realização de uma transição entre os polos considerados de direita e esquerda no Brasil. Verificando-se que, pelo menos desde os anos 2005, há discussões sobre pontos de vista ideológicos e a legitimidade do sistema eleitoral e constitucional brasileiro.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

O que se deu foi uma polarização menos por distinções ideológicas de fundo programático do que pela disputa de poder. O conflito era eleitoral e ganhou ares de guerra ideológica, política e moral. Mas não chegava a tanto. Ainda assim, desenvolveu uma dinâmica pernicioso: atiçou ódios, mobilizou massas, radicalizando-as na intolerância de torcidas fanáticas (MELO, 226, 2019).

No ano de 2020, o presidencialismo de coalizão está sob constantes ataques e não conseguiu oferecer uma resposta que pacificasse os ânimos políticos, não fornecendo condições efetivas para o enfrentamento das outras duas dimensões da crise contemporânea.

2.2 A atual crise econômica

Os problemas econômicos e financeiros também estão sendo fortemente sentidos pela população brasileira. As condições de emprego e renda estão se deteriorando rapidamente. Existem seguimentos sociais que já perderam condições reais de compra e tem parte do seu acesso a direitos sociais dificultados, tais quais, a alimentação, moradia, transporte e saúde.

A pobreza material nos obriga a soluções que, muitas vezes, escampam da compreensão de quem tem mais sorte ou competência produtiva na vida. Mas, o que na cega área compreendermos a pobreza material, e que faz parte, infelizmente, da bateria de mentiras morais contemporâneas das pessoas que se dizem voltadas para os menos favorecidos, é a presunção com a qual julgamos quem precisa “se virar” para viver (PONDÉ, 2019, p. 94).

Por causa da pandemia da COVID 19, foram expostos, com gravidade, as diferenças econômicas e sociais que marcam o Brasil. Um país em desenvolvimento que precisa equilibrar previsões constitucionais assecuratórias, como o acesso universal à saúde previsto no artigo 195 da Constituição de 1988, e a realidade em que 13, 5 milhões de pessoas estão na linha da pobreza extrema, tal qual mostrou o IBGE^V, ou ainda mais,

^V BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 12 jun. 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

a situação de desemprego que está aumentando vertiginosamente, lançando mais pessoas para a penúria, tal como registrado pelo órgão estatal de pesquisas domiciliares.

O Ibge calcula que a taxa de desemprego brasileira, que já subiu de 11,2% para 11,6% no trimestre encerrado em fevereiro, antes da pandemia, pode subir para 12,9% em março, diante do primeiro choque da crise do coronavírus. Isso elevaria de 12,3 milhões para 13,6 milhões o número de desempregados em apenas um mês. Mas, como a paralisação de boa parte dos negócios brasileiros vai se estender por abril, o Ibge calcula a taxa em 16,1% no segundo trimestre, com 17 milhões de desempregados (BARBOSA, 2020, p. 2).

Apenas no mês de abril de 2020, mais de 860,5 mil pessoas ficaram sem os seus empregos, logo milhões de cidadãos perderam renda em meio à pandemia, como divulgou o Observatório de Prospectiva e Mercado de Trabalho em pesquisa publicada no mês maio e junho. Registrando até que mais de 75% da capacidade industrial brasileira se encontra ociosa, indicando ainda mais demissões, nos próximos meses.



IBGE
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Coordenação de Trabalho e Rendimento
Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua
Indicadores para população de 14 anos ou mais de idade

Movimento

Símbolo	Legenda
↔	Estável
↑	Cresceu
↓	Decresceu

PNAD Contínua - Divulgação: Maio de 2020
Trimestre: jan-fev-mar/2020

Brasil

Indicadores		Estimativas dos trimestres			Variação em relação ao trimestre out-nov-dez/2019			Variação em relação ao trimestre jan-fev-mar/2019		
		jan-fev-mar 2019	out-nov-dez 2019	jan-fev-mar 2020	Situação	Diferença	VAR%	Situação	Diferença	VAR%
		Taxas (%)								
Taxa de desocupação		12,7	11,0	12,2	↑	1,3	-	↓	-0,5	-
Nível da ocupação		53,9	55,1	53,5	↓	-1,6	-	↓	-0,4	-
Taxa de participação na força de trabalho		61,7	61,9	61,0	↓	-0,9	-	↓	-0,8	-
por condição em relação à força de trabalho e condição na ocupação										
Total		170.500	171.613	172.354	↑	741	0,4	↑	1.854	1,1
Na força de trabalho		105.250	106.184	105.073	↓	-1.111	-1,0	↔	-177	-0,2
Ocupada		91.863	94.552	92.223	↓	-2.329	-2,5	↔	360	0,4
Desocupada		13.387	11.632	12.850	↑	1.218	10,5	↓	-537	-4,0
Fora da força de trabalho		65.250	65.429	67.281	↑	1.851	2,8	↑	2.031	3,1

Fonte: IBGE/2020

Uma consideração é que o número oficial de desempregados atingiu a casa dos 13,5% do total da população brasileira, advertindo-se que, apesar do percentual parecer pequeno, em termos gerais, refere-se a mais de 10 milhões de pessoas sem trabalho, ou seja, trabalhadores que estão sem condição de levar o “pão de cada dia” para a sua casa.

Dificultando ainda mais o atual quadro, o número de trabalhadores informais aumentou consideravelmente por causa da crise financeira, agravada pelo coronavírus,

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

elevando o número de desempregados. Sendo que esta categoria já atingiu a casa de 38 milhões de pessoas no Brasil, segundo a agência governamental EBC (2020).

Quase como a figura mitológica de Cassandra, por causa da crise econômica, foi possível sentir os efeitos da “Cruel Pedagogia do vírus”, teorizada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2020) que trouxe desconcertantes questionamentos, que deverão ser respondidos para que a atual situação seja efetivamente superada.

No entanto, o regresso à «normalidade» não será igualmente fácil para todos. Quando se reconstituirão os rendimentos anteriores? Estarão os empregos e os salários à espera e à disposição? Quando se recuperarão os atrasos na educação e nas carreiras? Desaparecerá o Estado de exceção que foi criado para responder à pandemia tão rapidamente quanto a pandemia? Nos casos em que se adoptaram medidas de proteção para defender a vida acima dos interesses da economia, o regresso à normalidade implicará deixar de dar prioridade à defesa da vida? Haverá vontade de pensar em alternativas quando a alternativa que se busca é a normalidade que se tinha antes da quarentena? Pensar-se-á que esta normalidade foi a que conduziu à pandemia e conduzirá a outras no futuro? (SANTOS, 2020, p.30).

As duras lições da pedagogia do vírus já estão sendo experimentadas no Brasil e as respostas para os questionamentos levantados precisam ser elaboradas rapidamente, porque uma grande parte da população está na faixa da pobreza ou, ainda pior, na pobreza extrema, reconhecendo que o ensino de Umberto Eco parece se concretizar “(...) a atual crise econômica não está produzindo um novo senso de fraternidade, mas uma atmosfera de desconfiança mútua” (2020, p.60).

Na seara econômica possível, pode-se fazer a síntese de que, apesar de o Brasil possuir um Produto Interno Bruto de “(...) R\$ 7,3 trilhões no ano, do total, R\$ 6,2 trilhões se referem ao Valor Adicionado a preços básicos e R\$ 1,0 bilhão aos Impostos sobre Produtos Líquidos de Subsídios” (EBC, 2020, p. 2), porém, mesmo com este considerável montante, há milhões de brasileiros com fome, uma das marcas da pobreza extrema.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou (OCDE), um dos organismos das Nações Unidas, no final de 2019, também registrou que o Brasil figurava como a sexta maior economia do mundo. Mas, assim, como quase todos os países do mundo terá grandes prejuízos de renda e, principalmente, de vidas.

La pandemia de COVID-19 es una crisis de salud mundial sin precedentes en nuestra historia reciente. El brote de esta enfermedad ha

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

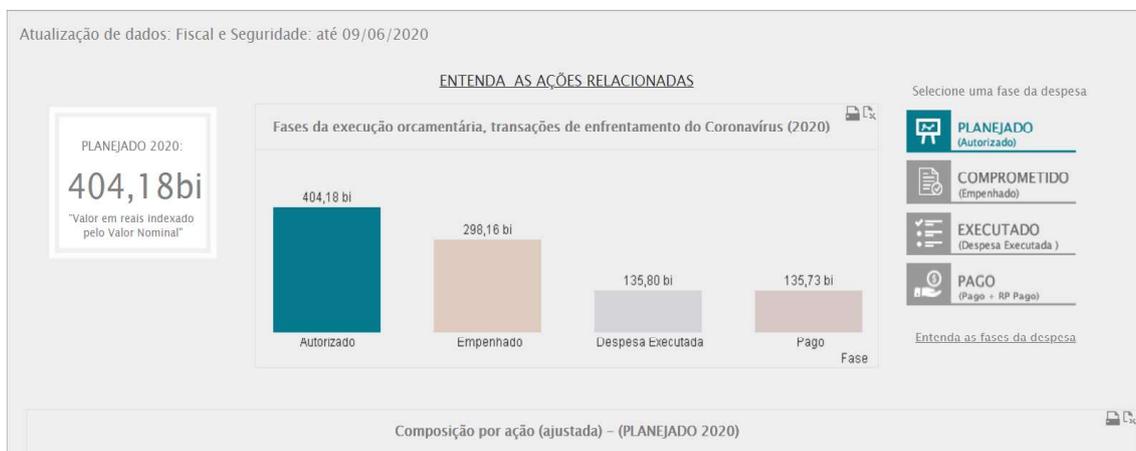
provocado la recesión económica más grave registrada en caso un siglo y está causando enormes daños en la salud, el empleo y el bienestar de la población (OCDE, 2020, p.1).

Ainda, segundo a OCDE, todos os países, em 2020, experimentam grandes dificuldades porque “*la propagación de Covid-19 ha sacudido la vida de las personas en el mundo enterode una manera extraordinaria, amenazando la salud, interrumpiendo la actividad económica y perjudicando el bienestar y el empleo*” (2020, p 2).

A pandemia de COVID 19 é tão grave que foi aprovada a emenda à Constituição número 106/2020, buscando “Instituir o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”, proporcionando acesso a um orçamento público específico para o combate à COVID 19. Desencadeando, inclusive, espanto nos estudiosos do orçamento público.

A contradição não poderia ser mais gritante. Como é possível que um Estado supostamente falido, que precisava até ontem fazer ajustes fiscais cada vez mais agressivos por “falta de dinheiro” agora “descubra” uma fonte ilimitada de recursos para lidar com a situação de pandemia e depressão econômica? Como pode a taxa de juros referencial ter caído ao mesmo tempo em que o governo anunciou o descompromisso com o equilíbrio fiscal? Não era o endividamento público que impedia a taxa referencial de cair? De onde veio o dinheiro para tanto estímulo à economia? (CONCEIÇÃO; DALTO, 2020, p. 3).

Ressalta-se que a severidade do tema é solar ao se notar o nome que foi dado pelos congressistas - PEC de Guerra, ou seja, o Estado brasileiro está em confronto com o coronavírus. Sendo que o montante de recursos disponibilizado pela União ultrapassa o valor de mais de 404 bilhões de reais.



Fonte: SIGA Brasil/2020

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

O valor de 404,18 bilhões de reais, previstos na PEC de Guerra, suplementa o orçamento federal, especificamente no combate à COVID 19, portanto, essencialmente, na área da saúde e assistência social brasileira. Ainda, é perceptível que mais do que a metade dos recursos já foram empenhados, ou seja, comprometidos com alguma ação planejada.

Um dado que também pode ser notado é que há uma considerável diferença entre o valor empenhado (298,16 bilhões) e os recursos efetivamente pagos (136, 73 bilhões), demonstrando que, nos próximos dias e semanas, haverá disponibilização de recursos para o Mercado, inclusive, para fornecedores internos, ensejando possibilidade de recuperação das perdas geradas pela COVID 19.

Um dado relevante é que, mesmo com as dificuldades políticas, jurídicas e sociais, o orçamento da PEC de Guerra vem sendo utilizado para o combate à COVID 19, tal como demonstra os dados do portal orçamentário Siga Brasil, mantido pelo Senado Federal.

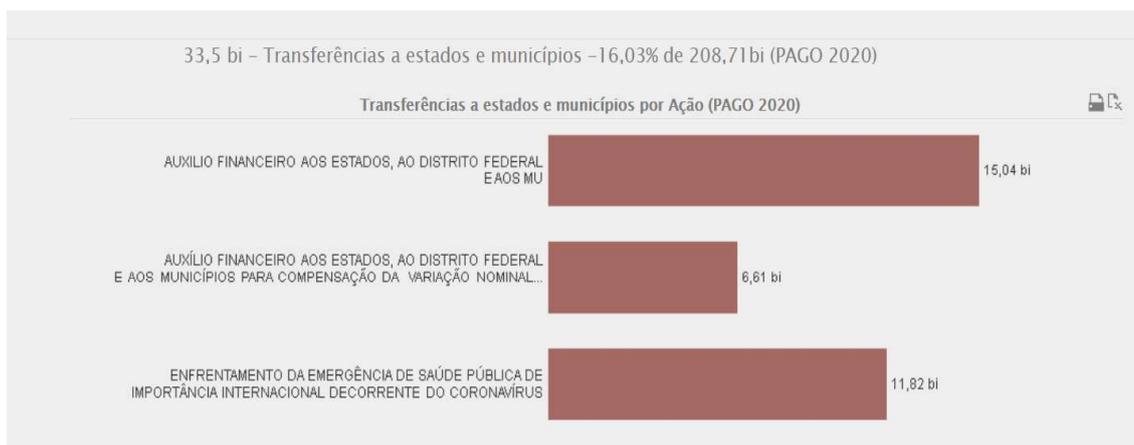


Fonte: SIGA Brasil/2020

Também, a distribuição de recursos demonstra a dimensão social da crise causada pela COVID 19, entendendo que a Seguridade Social, formada pela tríade constitucional da Saúde, Previdência Social e Assistência Social, é essencial para a superação do atual problema, porque distribui recursos que poderão ser utilizados para a manutenção das empresas locais e, por esta ótica, estimulando os empregos locais.

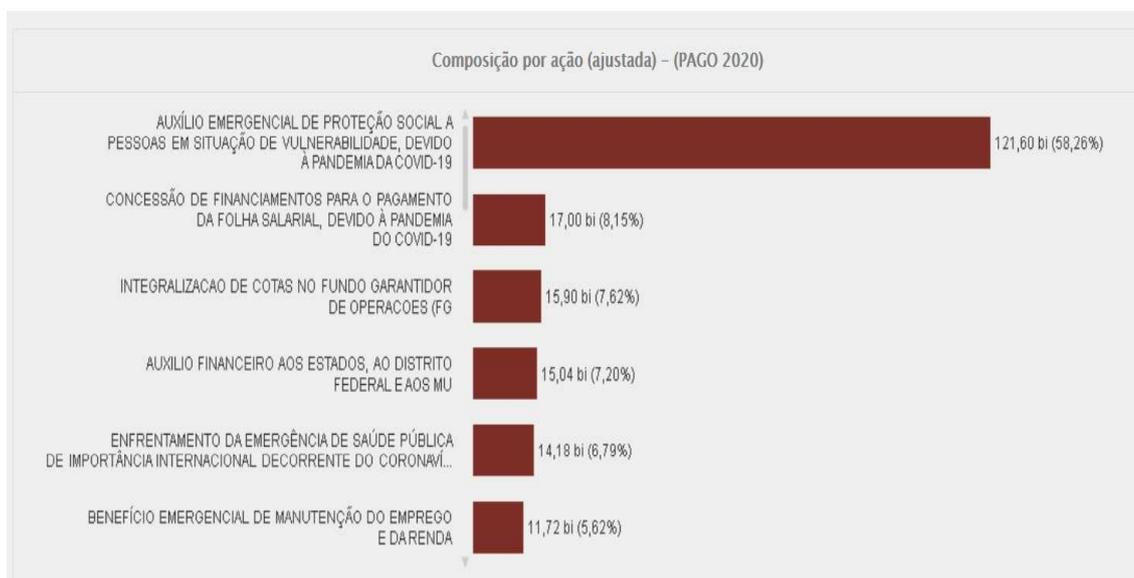
DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO



Fonte: SIGA Brasil/2020

O Estado brasileiro, especialmente, a União vem disponibilizando recursos e esforços para superar este momento de pandemia, como se espera em uma federação, contudo, os números de necessitados não param de aumentar perigosamente, como já comentado. Nota-se que, há uma descentralização e desconcentração dos recursos públicos envolvendo os entes federados e, também, organizações sociais que estão engajadas no combate à COVID 19, como demonstra o gráfico disponibilizado pelo Senado Federal.



Fonte: SIGA Brasil/2020

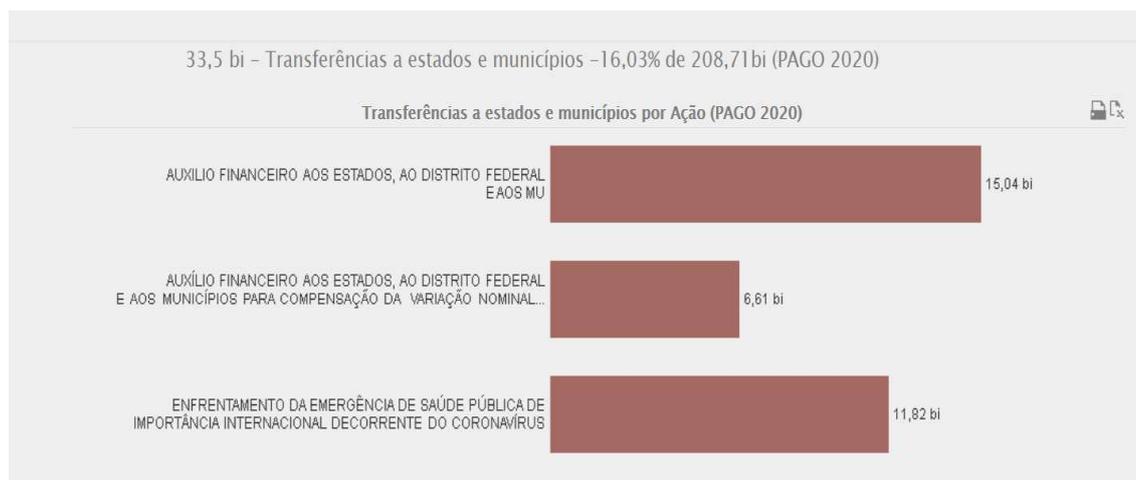
Um entendimento fornecido, a partir do gráfico acima, é que os pilares do Constitucionalismo Cooperativo, situação constitucional em que há o diálogo entre os entes federados no Brasil, proporciona condições para que haja a sobreposição de

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

camadas protetivas para o cidadão, como por exemplo, ocorre com a saúde que é uma competência constitucional comum.

Avigora-se que a concretização do Federalismo Cooperativo, modelo de sobreposição de responsabilidades compartilhadas, pode ser um instrumento de enfrentamento de problemas nacionais, como a COVID 19 que, pelas projeções, poderá logo ser superado e, também, a pobreza extrema que é outro estigma do Brasil.



Fonte: SIGA Brasil/2020

Em meio a esta pandemia causada pela COVID 19, o filósofo Giorgio Agamben escreveu: “o medo é mau conselheiro, mas revela muitas coisas que fingimos não ver” (2020, p.2), tendo como exemplo, os problemas na área da saúde pública brasileira ou, mesmo, as dificuldades de se cumprir as competências constitucionais, que fazem parte do conceito de federalismo assimétrico que desarranja a República por meio da concentração de poderes desproporcionais em um ente federado, especificamente, no caso do Brasil, na União, tal como demonstra a história constitucional brasileira.

De tal modo, é um ponto positivo que, em meio a uma crise, a União conseguiu transferir R\$ 12,49 bilhões de reais para os Estados-membros e os Municípios, proporcionando condições iniciais para o enfrentamento da COVID 19, como a compra de equipamentos e a contratação de profissionais da área da saúde.

2.3 A crise sanitária causada pela COVID 19

A terceira vertente, que poderia muito bem ser tratada como a primeira prioridade do país, é a pandemia causada pelo coronavírus que atingiu o mundo todo e, por

consequência, o Brasil. Segundo os dados oficiais do Ministério da Saúde, já há mais de um milhão e trezentas mil pessoas infectadas e a aproximação com a previsão de mais de cem mil mortes em todo país.

O inimigo é desconhecido, invisível, praticamente indetectável e perigoso. Só a letalidade em média inferior a 5% na população total e a 15% entre os que têm mais de 60 anos impede uma catástrofe humana de proporções apocalípticas. Perdas humanas evitáveis são, contudo, sempre demasiadas. E podemos chegar à casa dos milhões de mortos, antes que a pandemia global se abata (ABRANCHES, 2020, p.7).

A COVID 19, até o momento, não tem um tratamento devidamente aprovado pelas autoridades médicas e, nos casos mais severos, precisa de internação em unidade de saúde de alta complexidade, exigindo profissionais e equipamentos específicos, como por exemplo, respiradores artificiais.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) encontramos diante uma crise sanitária sem precedentes na história contemporânea global, a qual ocorre devido tanto ao caráter expansivo do fator ameaçante, o coronavírus SARS-CoV-2, quanto da magnitude de indivíduos passíveis de serem contaminados ou de virem à óbito pela doença associada, a COVID-19. A ideia de crise sanitária envolve organizar estratégias eficazes para a contenção de epidemias, evitando a propagação de enfermidades (VALENCIO, VALENCIO, 2020, p. 425).

Esta tríplice crise parece sufocar as ações do Estado e, conseqüentemente, das entidades da sociedade civil organizada que buscam auxiliar as ações estatais. De forma clara, milhões de pessoas estão em condições de penúria e rodeados por um vírus que pode ser mortal.

Quando parece que o mundo vai acabar, o homem sempre dá um jeito. Não, porque o caos e o infortúnio constituam pedagogias necessárias à salvação da humanidade. Mas porque o homem tem, dentro de si, inquebrantável, o vírus do bem (LIMA, 2001, p. 63).

Na vida e na arte, aprende-se que, “faz escuro, mas eu canto” (MELLO, 1965, p.1), assim sendo, o reconhecimento e a aplicação dos direitos sociais retornaram a agenda do dia a dia da nação brasileira, porque cabe a todos a busca por melhores condições de vida e, de sobremaneira, é competência estatal efetivar a prestação de serviços públicos essenciais, tais quais a saúde e o trabalho.

A distância entre o fato jurídico declaratório de se assegurar nas leis e na Constituição um rol de direitos sociais e a distância daqueles que literalmente não têm o

que comer no Brasil, deve ser diminuída tanto quanto for possível, seja por questões morais, ou em cumprimento das previsões que já existem no ordenamento jurídico nacional.

Desta maneira, na segunda parte deste artigo, será realizada uma reconstrução da história dos direitos sociais, cotejando-os com a realidade brasileira atual e, também, projetando possíveis cenários de aplicação desses direitos que, neste momento, são muito necessários.

3 PORQUE PRECISAMOS (AINDA MAIS) DOS DIREITOS SOCIAIS NA ATUALIDADE BRASILEIRA

O historiador estadunidense Timothy Snyder (2017) publicou um provocador livro intitulado “Sobre a Tirania: vinte lições do século XX para o presente” que vem alcançando sucesso literário por apontar, de forma clara, quais ações que poderiam ser tomadas pelas pessoas contra crescimento do autoritarismo. A lição “assuma a responsabilidade para com o mundo^{VI}”, pode muito bem ser aplicada para a necessidade de proteção dos direitos sociais no momento atual e esse encargo, também, é uma questão individual, social, estatal e planetária, tendo em vista que a COVID 19 não faz distinções fronteiriças, de raça ou de credo.

Diante o quadro das crises narradas acima, é possível perceber que o Direito brasileiro se encontra sob forte pressão de grupos organizados e, também, pela população em geral que espera que as autoridades constituídas possam realizar ações que possam atenuar os problemas que se multiplicam no dia a dia.

É nesse panorama de crise com tendências desconstituintes que o Brasil enfrenta a pandemia do novo coronavírus. Já nos primeiros dias da emergência sanitária foi possível chegar a algumas conclusões: (1) o SUS é essencial ao combate ao Covid-19, especialmente pela sua universalidade e sua natureza pública; (2) os contratos de trabalho precisam ser protegidos por medidas extraordinárias, diante da necessidade de paralisação de grande parte da atividade econômica, em razão das medidas de isolamento social; (3) os trabalhadores chamados “informais” necessitam de igual ou maior proteção social, decorrente

^{VI} A vida é política, não porque o mundo se importa com como você se sente, mas porque o mundo reage ao que você faz. As pequenas escolhas que fazemos são também uma espécie de voto, tornando mais provável ou menos provável que eleições livres e honestas ocorram no futuro. Na política do dia a dia, nossas palavras e gestos, ou nossa omissão, fazem a diferença (SNYDER, 2017, p.32).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

da sua própria situação de precariedade decorrente da inexistência de vínculo empregatício (PAIXÃO, 2019, p. 3).

Por causa dos problemas e das crises descritas, aconselha-se a revisão da lição de Norberto Bobbio (1992), ao demonstrar didaticamente que os direitos humanos e fundamentais já existiam no plano fático e normativo, na letra fria da lei, mas ainda há um *déficit* entre a previsão legal e a efetividade social, um distanciamento entre o ato declarativo de se reconhecer um direito nas leis e a sua concretude na sociedade.

Entre estes direitos que precisam de solidificação estão os direitos sociais, formalizados na Constituição e Tratados Internacionais e que, por vezes, são negados às pessoas, tendo como parâmetro os milhões de brasileiros que estão na linha da pobreza e sobretudo, os milhões que sobrevivem na margem da pobreza extrema, como já descrito. Dessa forma, aguarda-se a realização da seguinte previsão feita pelo jurista Miguel Reale na década de 1970:

Não tenho dúvida de que igual sentido de equilíbrio e de composição, a salvo de modelos ideais irrealizáveis, norteará a fixação dos demais elementos institucionais da democracia brasileira, que já foi incluída na categoria das “democracias sociais” (REALE, 1977, p. 209).

Complementando a dimensão de direitos subjetivos, os direitos sociais também possuem uma dimensão objetiva “integrando-se à ordem fundamental de valores, com a função autônoma de eficácia irradiante” (SIMÕES, 2013, p.244). Gerando vinculação da Administração Pública para com ações que concretizem as previsões positivadas e, na mesma linha doutrinária:

As normas constitucionais consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objectiva de duas formas: (1) imposições legiferantes apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente criando as condições materiais e institucionais para o exercício do direito (...) (2) fortalecimento de prestações aos cidadão, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais (CANOTILHO, 2018, p. 476).

Em síntese, como resultado, os direitos sociais podem ser exigidos pelas pessoas, bem como vinculam as ações estatais no sentido de tomar ações concretas para realizá-los por meio de políticas e ações públicas, isto porque, os comandos jurídicos devem ser cumpridos por todos.

Um dos exemplos possíveis é que, ao se prever o direito à saúde na Constituição e/ou nos tratados ratificados pelo Brasil, cria-se a obrigação estatal de se tomar medidas

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

para a sua proteção, até mesmo porque tanto a coletividade quanto o indivíduo terão a pretensão legítima de acesso ao que foi previsto na legislação.

Neste trabalho, adotou-se a posição de que os direitos humanos e os direitos fundamentais são aqueles considerados essenciais à vida das pessoas. Eles são tão caros à sociedade que uns são positivados na Constituição (direitos fundamentais) e outros em Tratados Internacionais (direitos humanos) e, geralmente, tratam do mesmo assunto, por conseguinte, ambos tutelam o mesmo conteúdo jurídico e, logicamente, devem ter a mesma hierarquia normativa, como observou Cançado Trindade (2013).

Porém, apesar de haver uma consonância lógica que por possuírem o mesmo conteúdo, no Brasil, os tratados de direitos humanos podem ser recepcionados de duas maneiras, uma com o atendimento da previsão constitucional de equivalência constitucional descrito no artigo 5º, §3º do texto ápice, ou com *status* supralegal ou convencional, se não atender aos requisitos formais de internalização, isto segundo maioria da doutrina constitucionalista e internacionalista e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Porém, na atualidade, a limitação fronteiriça não pode impedir a proteção aos cidadãos tal como se infere na pandemia que teve origem na China e, em questão de semana, atingiu todos os países, tal como apontou a doutrina espanhola, exemplificada nas lições de Perez Luño (2015) e Herrera Flores (2009). Bem como na literatura nacional, como demonstra o excerto abaixo:

A expressão direitos fundamentais tem seu significado garantido num fato político de natureza planetarizante: o fato do Estado de Direito, definido como o Estado cuja finalidade ou *ratio essendi* é a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto que se conferem a todos como pessoas (SALGADO, 2003, 195).

As interações entre os direitos humanos e fundamentais, aceleradas pelos processos de globalização e mundialização, proporcionaram condições para que houvesse a constitucionalização dos direitos humanos, até mesmo lhes conferindo *status* hierárquico superior nos ordenamentos jurídicos, tal como aduz a norma fundamental brasileira assim: “Art. 5 (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2020, p. 4).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

A constitucionalização dos direitos humanos, a partir daí indicados como direitos fundamentais, sucedeu, portanto, sua fundamentalização, antecipada como, paradoxalmente, condição e resultado das revoluções. Os alemães chamaram o processo de incorporação dos direitos naturais nos textos constitucionais, são chamados de “*positivierung des Naturrechts*”, significando com isso a transformações das normas de direito natural em normas legais aplicáveis, estabelecida a constituição como *paramount law*” (MAGALHÃES, 2013, p. 276).

Dessa maneira, “no moderno Estado constitucional, em que a soberania reside no povo, os direitos fundamentais têm uma base de validade independente do Estado” (MICHAEL, MORLOK, 2016, p.53), isto porque os direitos essenciais existem por reivindicações sociais, que ocorrem em momentos históricos, geralmente, ligados à superação de períodos de crise.

Os direitos humanos e, no mesmo sentido, os direitos fundamentais têm, inclusive, uma hermenêutica jurídica própria voltada para a concretude do acesso e realização dos instrumentos positivados, tal qual instruiu Cançado Trindade (2003).

Sendo que este entendimento de uma autonomia interpretativa dos direitos essenciais viabilizou a utilização de um princípio interpretativo denominado *pro homine*, como dissertou Valério Mazzuoli (2018) e André de Carvalho Ramos (2019), ou seja, em caso de dúvidas entre comandos jurídicos aplicáveis, utilizar-se-á a norma mais favorável ao ser humano. Buscando proporcionar maior efetividade ao acesso e a proteção desses direitos e, principalmente, do ser humano.

Bem como, de forma propedêutica, os direitos formam dimensões distintas de proteção à pessoa humana, sobrepondo-se em camadas que devem oferecer uma rede para amparar as pessoas em momentos de dificuldades, tal qual o atual.

Os direitos sociais são aqueles que buscam a proteção solidária dos cidadãos, buscando conferir condições de igualdade, frente a uma sociedade marcada pela desigualdade e, às vezes, mesmo com indiferença, mormente, para com os mais necessitados. “A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social” (SARLET, 2019, p. 47).

A exigência de ajuda a todos que se encontrem em estado de necessidade dirige-se a todos e demanda uma solução coletivo-institucional. Porque, por um lado, os indivíduos nem sempre estão em posição de prestarem sozinhos a ajuda necessária em medida suficiente. Por outro lado, é injusto, do ponto de vista de toda a sociedade, deixar

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

indivíduos ou grupos, que estejam, temporal ou espacialmente, próximos àqueles que se encontrem vítimas de necessidade, sozinhos com a tarefa de prestar ajuda e imputar-lhes, sem que tenham culpa própria, uma maior do que comum parcela do ônus social de assistência (TOLEDO, 2013, p. 74).

Uma nota doutrinária é, seguindo as lições de Sarlet (2019), de que os direitos sociais têm como fator preponderante a necessidade de alocação de recursos financeiros e orçamentários, como a proteção à saúde que exige a construção de unidades de saúde, contratação de profissionais e a compra de equipamentos especializados necessários para o combate a pandemia causada pela COVID 19. Porém, a exigência de custeio, não é a sua única marca.

A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos, que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou maior grau de poder econômico (SARLET, 2019, p. 48).

“A finalidade prática dos direitos sociais é a de assegurar, como se vê, a existência de condições materiais essenciais para o exercício do direito à liberdade individual e a consolidação da democracia” (GOTTI, 2012, p. 47). Contudo, de forma contrária as previsões jurídicas, os milhões de brasileiros que trabalhavam na informalidade, totalmente fora do sistema de previdência social, e estão impedidos de exercer suas funções por causa da decretação de isolamento social, não podem ser obrigados a arcar com todos os prejuízos por uma situação que não deram causa, mas, sofrem os efeitos.

Neste ponto, recorda-se que os direitos sociais são confrontados com o argumento consequencialista de que eles não podem ser efetivados por causa da escassez de recursos (reserva do possível) ou, mesmo, pela discricionariedade da Administração Pública que pode escolher criar, manter ou terminar um programa de cunho social (reserva do possível qualificada), em clara afronta à disposição constitucional de que “os direitos e garantias fundamentais” tem aplicação imediata, ou seja, são comandos jurídicos que devem ser cumpridos,

Em face da clareza, certamente ofuscante, do preceptivo constitucional em questão, pode parecer absolutamente inócuo o debate teórico sobre a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, cumprindo apenas e tão somente sancionada as condutas

contrárias que violam ou negam eficácia a tais direitos (RODRIGUES, 2017, p. 48).

Mesmo com o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, a realidade brasileira, de um país desigual e em desenvolvimento, mantém-se distante da efetivação dos direitos sociais. Por exemplo, segundo a Secretaria Estadual de Saúde do Tocantins (2020), um dos estados-membros da federação brasileira, a sexta maior economia do mundo, no início da pandemia, em todo o estado, havia apenas três hospitais para atendimento a COVID 19 e somente cinco médicos epidemiologistas para atender uma área: 277.621 km², segundo o IBGE (2020), espaço maior que o Equador e a Nova Zelândia, mesmo que este ente federado esteja localizado na região amazônica e suscetível aos surtos epidêmicos, que ocorrem naquela área do Brasil.

Relembra-se que, mesmo antes da pandemia, o Brasil convivia com epidemias de malária, dengue, chicungunha e H1N1, ou seja, havia uma severa necessidade de investimentos na saúde pública e que, em todo um estado-membro, três unidades médicas especializadas não conseguem atender a população.

Avançando, como se demonstrou anteriormente, o Brasil experimenta uma tríplice crise (política, econômica e sanitária), há escassez de recursos e também a disseminação de uma situação de medo. A situação é tão grave que, ao invés de se buscar a consagração de um Estado Social Democrático, busca-se a implantação de garantias básicas, tendo, como um exemplo, a situação dos brasileiros que estão sendo empurrados para a linha da pobreza extrema.

No Brasil, a estimativa é de que cerca de 5,4 milhões de pessoas – a população da Noruega – passem para a extrema pobreza em razão da pandemia. O total chegaria a quase 14,7 milhões até o fim de 2020, ou 7% da população, segundo estudos do Banco Mundial (ONU/BRASIL, 2020, p. 3).

A atual crise também auxiliou a proporcionar condições para dúvidas, inclusive sobre a manutenção de direitos essenciais, tais como a saúde e o trânsito de pessoas. *“Se siente hoy, con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente la exigencia de que los derechos y, las liberades no se vean comprometidos por el transito de las fronteiras”* (PEREZ LUÑO, 2011, p. 27).

Conceitualmente, há uma diferença entre o mínimo de direitos que comporta discussões sociais e jurídicas sobre qual é o patamar ínfimo que deve ser assegurado a

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

cada um, sendo um exemplo, a situação de que há resistência em se efetivar a transferência de seiscentos reais aos milhões de desempregados e trabalhadores informais que estão impedidos de exercer seus ofícios por causa da pandemia, e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-5, que declarou em 2020 a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal^{VII} que permitia em situações excepcionais diminuir temporariamente os vencimentos dos servidores públicos.

O ponto argumentativo é que, enquanto há pessoas que efetivamente necessitam de seiscentos reais por mês, ou vinte reais por dia, ou mesmo cinco dólares para sua manutenção diária, outro espectro social tem a segurança que seus vencimentos não serão atingidos. Destarte, o que é o mínimo para uns é bem distante do que é básico para outras pessoas.

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de menor, de menos, em sua acepção mais íntima, identificada como patamares de satisfação de necessidade que beiram a desproteção social, o segundo não (PEREIRA, 2000, p.26).

A percepção jurídica atual é que as leis impositivas sobre a proteção às pessoas devem ser eficazes para se garantir a efetividade jurídica e a promoção da própria dignidade da pessoa humana que, no Brasil, tem a condição de fundamento da própria República, tal como positivado no artigo 1º, inciso III.

Os direitos humanos sociais têm como objetivo e limite a delimitação dos prejuízos desiguais, em relação aos quais o indivíduo não é responsável, e a produção de um estado de chances iguais, para a realização de reconhecidas funções e capacidades. (...) A compensação dessas chances refere-se ao mínimo moral, em relação ao qual todas as pessoas têm pretensão (TOLEDO, 2013, p. 79).

A atual construção da ideia de um mínimo de direitos ou o básico necessário para as pessoas não é atual, mas sim fruto de uma longa caminhada da história que vem reconhecendo uma “Afirmção Histórica dos Direitos Humanos”, como lecionou Comparato (2019).

^{VII} LRF - Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição. (...) § 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

A lo largo del siglo XIX el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico, a medida que avanza el proceso de industrialización, y cuando desarrolla una consciencia de clase reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa (PEREZ LUÑO, 2015, p. 34)

Ainda, segundo *Perez Luño (2015)*, o início das discussões jurídicas sobre os direitos sociais esteve presente na Constituição jacobina de 1793 e na declaração de princípios revolucionários franceses de 1789, portanto, anteriores à discussão de um constitucionalismo liberal ou social.

Nesta esteira, o constitucionalismo, enquanto movimento abrangente de criação ou melhoria de uma constituição, elevou os direitos sociais ao patamar constitucional, primeiro no México em 1919, com a Carta do Trabalhador Explorado da Rússia em 1918 e na Constituição de Weimar de 1919. Não se olvidando de que “entre a Constituição mexicana e a *Weimarer Verfassung*, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade no século XX” (COMPARATO, 2019, p. 190).

Para este trabalho, é necessário recordar-se que o posicionamento em prol do socialismo da União Soviética motivou a elaboração de tratados internacionais de cunho social, em contraponto aos mecanismos internacionais de efetivação dos direitos individuais apoiados pela nação estadunidense, em um ambiente de alta rivalidade, tal como se esmiuçarà à frente.

No Brasil, apenas na Constituição de 1934, ocorreu a constitucionalização dos direitos sociais, demonstrando que o estado brasileiro positivou os direitos sociais bem depois dos primeiros exemplos internacionais e, ainda, sob o viés autoritário do Estado Novo, instaurado por Getúlio Vargas, com o auxílio jurídico de Francisco Campos, dando azo para a elaboração do “mito dos direitos sociais” brasileiro ou, conforme a lição de um jurista daquela época,

(...) os novos direitos constituem, por assim dizer, a substância da declaração constitucional dos direitos. Não se trata mais de uma declaração negativa da liberdade, que não dava outro direito ao indivíduo senão de não ser incomodado pelo Estado. O indivíduo tem direito, a serviços e desses bens, e o Estado, o dever de assegurar, garantir e promover o gozo desses serviços e desses bens; o direito à atividade criadora; o direito ao trabalho, o direito a um padrão razoável de vida; o direito contra azares e os infortúnios da vida – o desemprego, o acidente, a doença, a velhice, o direito a condições de vida sã (...) (CAMPOS, 2001, p.58).

Portanto, os direitos sociais fazem parte da proteção das pessoas contra desigualdades que existem na sociedade ou de infortúnios que podem ocorrer ao longo da vida. “Os direitos sociais, econômicos e culturais resultam da superação, do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XIX” (SAMPAIO, 2017, p. 243).

3.1 A dimensão internacional dos direitos sociais e suas repercussões no Direito Brasileiro

No contexto histórico, com o final da Segunda Guerra Mundial, ascendeu no cenário internacional a Organização das Nações Unidas (ONU), munida das lições que levaram ao fracasso da antiga Liga das Nações e, também, munida da esperança de manter a paz entre os países, conseguindo, inclusive, apoio para a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Percebendo-se que “a partir da segunda guerra mundial, com a criação da ONU, há um novo impulso na produção normativa internacional, a exemplo dos grandes tratados” (VARELLA, MONEBHURRUN, GONTIJO, 2019, p. 21).

Porém, logo após o final da Segunda Guerra Mundial, houve um choque de ideologias entre os Estados Unidos da América (EUA) com parâmetros capitalistas e a União Soviética de viés socialista, levando a um conflito mundial que ficou conhecido como Guerra Fria, uma vez que, apesar da constante tensão, prevaleceu um complexo jogo de cooptação de países para uma das duas concepções.

O historiador Eric Hobsbawn (1995) descreveu como a Guerra Fria proporcionou uma disputa de narrativas sobre qual dimensão de direitos deveria prevalecer, a individual/capitalista ou a social/socialista. Sendo que, por esta confrontação, torna-se clara a necessidade de edição de dois pactos internacionais, um para se proteger os direitos negativos, ou seja, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, recepcionado pelo Decreto nº 592 de 1992 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado com o Decreto nº 591 do ano de 1992.

Essa dicotomia ideológica ajuda a explicar a compartimentalização doutrinária que foi realizada em geração de direitos por autores como Norberto Bobbio (1992) e

Paulo Bonavides (2019) que, em termos pragmáticos, apenas auxiliou a dificuldade de se consagrar a eficácia dos direitos sociais.

Porém, não se deve ignorar que, no plano internacional, foram celebrados diversos tratados que servem de anteparo para direitos que são essenciais para todas as pessoas, tal como discorre a doutrina internacionalista, da seguinte maneira:

Em face da crescente consolidação deste positivismo universal concernente aos direitos humanos, pode-se afirmar que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais relativos a estes direitos. Neste sentido, cabe destacar que, até junho de 2001, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 147 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 145 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 124 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 157 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 168 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes(7) (PIOVESAN, 2020, p. 3).

Como discorrido, o Brasil é signatário tanto do Pacto de Direitos Civis quanto do Pacto Social, gerando a mesma obrigação jurídica de procedimentalizá-los, transportando as previsões jurídicas para situações reais, em que os direitos continuam a ser obstaculizados, principalmente os direitos sociais que, na maioria das vezes, precisam de alocação de recursos financeiros.

Logo, em face do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os Estados-partes (dentre eles o Brasil), no livre e pleno exercício de sua soberania, ratificaram, há que se observar o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, o que, por si só, implica no princípio da proibição do retrocesso social (PIOVESAN, 2020, p. 5).

A previsão normativa de instrumentos de proteção aos direitos humanos institucionalizada pela ONU, o organismo central do sistema global de proteção aos direitos humanos, foi seguida pelo sistema regional interamericano de proteção, a partir da promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de *San José* da Costa Rica. Tratado do qual o Brasil faz parte e é membro atuante, inclusive, no sentido de indicar juristas para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto nas figuras de réu e condenado, em casos de desaparecimento forçado

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

- Guerrilha do Araguaia – e, homicídio e tortura no julgamento do ocorrido com Vladimir Herzog.

No sistema de proteção regional, aprovou o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de *San Salvador* e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, todos internalizados pela República brasileira, tendo, hierarquia normativa de norma supralegal/convencional, constituindo-se em mais camada de proteção abrangente para os direitos individuais e, sobretudo, para os direitos sociais.

O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura,... Este Protocolo acolhe (tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a defesa de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e os direitos sindicais (PIOVESAN, 2020, p. 6).

Com um grau ainda maior de especialização, também, não se deve olvidar que os países que aderiram ao Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) adotaram disposições para a proteção social. Tendo como arquétipo a doação de US\$ 6 milhões, segundo o sítio oficial desta instância, para pesquisas contra o coronavírus, no entanto, mais importante, do que o montante em si, é a mensagem de que os direitos sociais estão integrados ao Direito de Integração e de Desenvolvimento, que são o cerne das relações mercosulinas.

Em um momento de pandemia, ainda, deve-se lembrar que no cenário internacional existe o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), aprovado em 2005 pela Organização Mundial de Saúde^{VIII} (OMS), com protocolos que visam à proteção da saúde por meio da padronização de ações, como a vacinação, comuns a todos os países.

O Regulamento Sanitário Internacional (RSI) é um instrumento jurídico internacional vinculativo para 196 países em todo o mundo, que inclui todos os Estados Membros da Organização Mundial da Saúde (OMS). Seu objetivo é ajudar a comunidade internacional a prevenir e responder

^{VIII} A capacidade de resposta da OMS demonstra que a organização não está à beira de seu ocaso, mas não necessariamente sairá fortalecida da crise. A Organização sofre pressões, de um lado de governos nacionalistas e populistas que buscam enfraquecê-la e, de outro, dos defensores da cobertura universal em saúde (a exemplo do Banco Mundial, cuja importância nesse campo é crescente) que pode conduzir ao esvaziamento da agenda dos sistemas universais de saúde (VENTURA, 2020, p. 2).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

a graves riscos de saúde pública que têm o potencial de atravessar fronteiras e ameaçar pessoas em todo o mundo (OPAS/BRASIL, 2020, p.1).

Sobre este assunto, Valério Mazzuoli (2020) buscou chamar a atenção dos envolvidos de que as decisões da OMS e, por consequência, o RSI têm força vinculante entre os seus membros e, portanto, aplicáveis ao Brasil.

A singularidade dos direitos sociais fundamentais ainda é demonstrada com a análise do texto constitucional brasileiro em seu art. 5º, § 3º, que possibilitou a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e respectivamente seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2017, adquirindo *status* equivalente a emenda à Constituição, concluindo-se que há um rol de direitos sociais que tem, na prática, a mesma hierarquia que as normas constitucionais.

Pelo exposto, pode-se sintetizar que os direitos sociais têm amplo amparo no sistema constitucional brasileiro e nos tratados que foram internalizados, eles são dotados de eficácia e aptos à produção de efeitos, recebendo orçamentos próprios, até mesmo com suplementações como a PEC de Guerra sancionada pelo Congresso Nacional em 2020.

Porém, também foi percebido na pesquisa que há um distanciamento entre as previsões jurídicas e a sua concretização. A sociedade brasileira necessita de uma revisão da aplicação de recursos em políticas públicas que sejam efetivas em áreas essenciais como educação, segurança e, neste momento, em saúde, tendo em vista que, em julho de 2020, experimenta-se um momento de crise sanitária.

Diante o ambiente de crise, é necessário que não deixem de ocorrer investimentos sociais estatais para garantir e expandir a rede de proteção social, pelo singelo motivo de que estes são direitos que atuam nas dimensões subjetivas e objetivas e devem ser concretizados para que a própria Constituição seja tornada eficaz.

O exemplo que pode ser utilizado para se exemplificar a distância entre as previsões constitucionais e as necessidades humanas está no cotidiano dos milhões de brasileiros que estão na margem da extrema pobreza e têm seus direitos sociais obstaculizados, mesmo em um país, que é a sexta maior economia do mundo. Fato que deve chocar legisladores e indignar a sociedade.

Por fim, o acesso aos direitos sociais precisa ser ampliado porque, diante da trílice crise brasileira (política, econômica e sanitária), milhões de cidadãos brasileiros

necessitam de uma ação rápida do Estado e, também, da sociedade civil organizada, que atua em parceria com a Administração Pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano de 2020, a humanidade combate a maior pandemia do século XXI. A COVID 19 surgiu na China em dezembro de 2019, e devido aos processos de globalização e mundialização, que propiciaram meios de transportes rápidos por todos os continentes, em questão de semanas, todos os países estão sendo duramente afetados, tendo como meio mais eficiente de confronto com essa doença o isolamento social.

No Brasil, o número de infectados com a COVID 19 ultrapassou a marca de mais de um milhão de indivíduos e os dígitos não param de subir, por este fato, os óbitos também estão crescendo rapidamente e, provavelmente, irá confirmar o nefasto cenário de mais de cem mil mortes, apenas em território brasileiro.

Agravando essa situação, experimenta-se no Brasil uma tríplice anormalidade, alinhando-se crises políticas, econômicas e sanitárias. Por estes motivos, a Administração Pública encontra-se em dificuldade de efetivar o acesso e a efetivação dos direitos da população, sobretudo os direitos sociais que, geralmente, necessitam de aportes financeiros estatais.

Cada uma dessas crises tem origens distintas, mas todas elas contribuem para a fragilização de uma sociedade que se encontra insegura e com medo, porque está envolta por uma doença que ainda não tem um tratamento médico-hospitalar com plena comprovação científica e, ainda, assistem à deterioração das condições de trabalho e emprego no primeiro semestre de 2020.

Frente a esta situação, este artigo acadêmico teve como problematização como é necessária a manutenção e até mesmo a expansão dos direitos sociais, no contexto das atuais crises financeiras, políticas e sanitárias presenciadas pelo Brasil?

Respondendo a essa indagação, foram empregados o método hipotético dedutivo e as técnicas de revisão bibliográfica e análise dos dados primários oficiais que estão sendo divulgados, e o objetivo geral foi apontar que há uma distância entre a consagração dos direitos sociais no Brasil, com *status* constitucional e com a internalização de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A atual crise política surgiu do acirramento de opiniões que se extremaram por notórios casos de corrupção estatal como o mensalão e o petrolão, perdurando pelos mandatos presidências de Dilma, Temer e Bolsonaro, ranhuras que desnudaram os problemas do presidencialismo de coalizão, sistema de governo que é utilizado no Brasil, pelo menos, desde a redemocratização consolidada pela Constituição de 1988.

No presidencialismo de coalizão, há uma complexa e tênue relação institucional entre os poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista que a eleição do Presidente da República não consigna a maioria de apoiadores para a aprovação ou rejeição de projetos de governo ou de programas de políticas públicas.

A crise financeira é responsável por instabilidade e diminuição das relações de emprego e de trabalho, empurrando milhões de pessoas para a linha de pobreza e, outros milhões de cidadãos para a margem da pobreza extrema, ou seja, indivíduos que precisam sobreviver com menos de nove reais por dia para atender a todas as suas necessidades elementares.

Foi dissertado que a crise financeira impacta diretamente na concretização de direitos essenciais, pelo simples fato de que são necessários recursos que, geralmente, advém dos tributos para que sejam efetivadas políticas públicas, principalmente os direitos sociais que têm, como uma das suas marcas principais, a necessidade de constantes aportes estatais, tal como ocorre com o direito à saúde.

Já a crise sanitária ocorre por causa da COVID 19, uma doença com alto grau infectológico e que impõe a necessidade de cuidados médicos especializados. Por este motivo, há um constante risco de colapso do sistema de saúde brasileiro, ou seja, pode ser que ocorra rapidamente a situação em que não haverá condições de se atender aos pacientes que necessitam de tratamento.

Devido à crise sanitária e financeira, foi aprovada pelo Congresso Nacional uma emenda à Constituição, denominada de PEC de Guerra, para auxiliar o combate ao coronavírus e, também, auxiliar os milhões de necessitados. Com este instrumento a União vem transferindo vultuosos montantes orçamentários, tal como demonstrado neste trabalho com as informações do portal orçamentário Siga Brasil, que traz informações em tempo real sobre os gastos públicos.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Mesmo neste momento de dificuldade, a União está transferindo recursos para o combate a COVID 19 para estados-membros, municípios e para entidades sociais que estão apoiando a Administração Pública, consolidando o Federalismo Cooperativo que foi previsto na Constituição Cidadã. Porém, mesmo com a distribuição de recursos, ainda, há muito o que se fazer para concretizar os direitos sociais que estão ainda mais fragilizados, principalmente, o sistema de saúde que está à beira do colapso.

A constatação é que, apesar de uma intensa constitucionalização e a recepção de diversos tratados, há uma distância entre esse reconhecimento e o acesso e utilização dos direitos sociais no Brasil, tendo como exemplos, o trabalho e a saúde, que constam nos catálogos jurídicos, mas fazem muita falta para mais de dez por cento da população brasileira.

Esse distanciamento, além de representar uma negação aos próprios direitos positivados, que como dissertado, possuem dimensões subjetivas e objetivas, provoca a exclusão de multidões que precisam de amparo para se manter. O tema é tão grave que, em 2020, ocorre uma discussão de que são necessárias ações estatais para proteger parte considerável do povo brasileiro.

Por fim, tal como demonstrado, no ambiente conturbado que é vivido no Brasil, o acesso e solidificação dos direitos sociais são ainda mais necessários e de maneira urgente, são indispensáveis medidas que proporcionem condições para amparar as condições de emprego e trabalho, bem como mais investimentos para se garantir o acesso ao direito humano e fundamental à saúde.

5 REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

ABRANCHES, Sérgio. *Apontamentos de Campo 9.0 Governos Insensatos, Tiranias, maus governantes*. Disponível em: https://www.academia.edu/42727956/Apontamentos_de_Campo_9.0_Governos_Insensatos_Tiranias_maus_governantes?email_work_card=title. Acesso em: 29 jun. 2020.

ABRANCHES, Sérgio. *Esclarecimentos*. Disponível em: http://www./Agamben_corona_virus_estado_de_excecao_e.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

ABRANCHES, Sérgio. *Corona vírus, estado de exceção e vidas nuas*. Disponível em: http://www./Agamben_corona_virus-e.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

ACRITZER, Leonardo. Impasses da democracia no Brasil. São Paulo: Civilização brasileira: 2016.

ARANTES, Aldo. Org. Por que a democracia e a Constituição estão sendo atacados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: https://www.google.com/search?q=constitui%C3%A7%C3%A3o+federal&rlz=1C1CHBD_pt-PTBR881BR881&oq=constitui&aqs=chrome.0.69i59j69i57j69i59l2j0l4.4142j0j8&sourcoid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL, Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101.2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Universidade de Brasília, 1992.

BRASIL, Dados do Ministério da Saúde – COVID 19 – Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL, EBC, PIB fecha 2019 com crescimento de 1,1% em relação a 2018: Agropecuária e serviços cresceram 1,3% e a indústria avançou 0,5%. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/pib-fecha-2019-com-crescimento-de-11-em-relacao-2018>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Brasília. Gráfica Nacional.2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol III. Porto Alegre: Sergio Antônio Fábriz Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Los tribunales internacionales contemporâneos y la humanización del derecho internacional*. Buenos Aires: AdHoc, 2013.

CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2018.

CONCEIÇÃO, Daniel Negreiros; DALTO, Fabiano. Covid-19: a pandemia ensina ao mundo a verdade sobre o gasto público. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/covid-19-a-pandemia-ensina-ao-mundo-a-verdade-sobre-o-gasto-publico/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação história dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

COSTA JUNIOR, Ernane Salles da. *Constitucionalismo do Atraso*. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2017.

DIAMOND, Jared. *Reviravolta: isolar defeitos, preservar qualidades e superar problemas*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2019.

ECO, Umberto. *Migração e intolerância*. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2018.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada: as ilusões armadas*. São Paulo: Intrínseca, 2018.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: Fundamentos regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*. Brasília: Edições Senado, 2000.

HARARI, Yuval Noah. *Na Batalha Contra o Coronavírus, a Humanidade Está sem um Líder*. São Paulo: Cia das Letras, 2020.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Veintiuno Editores, 2015.

IHME. Coronavírus. Disponível em: <https://covid19.healthdata.org/brazil>. Acesso em: 12 jun. 2020.

KELSEN, Hans. A COMPETÊNCIA DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE de 1933/34. *In*. REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO RT, São Paulo, v 45, n 3, 1995.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniela. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Competências Federativas: na Constituição e nos precedentes do STF 2 ed*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

MAGALHÃES, Juliana Neunschwander. *A formação do conceito de direitos humanos*. Porto Alegre: Juruá, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 20218.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?* Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/30/determinacoes-da-oms-vinculantes-brasil/>. Acesso em 10 de abril de 2020.

MELLO, Thiago de. *Faz Escuro Mas eu Canto- Porque a Manhã Vai Chegar*. In: *Poesias*. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1965.

MELO, Carlos. *A marcha brasileira para a insensatez*. In: *Democracia em Risco?* São Paulo: Cia das Letras, 2019.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAIXÃO, Cristiano. *Covid 19 e o oportunismo desconstituinte*. Disponível em: <http://www.afbnb.com.br/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituente-por-cristiano-paixao/>. Acesso em 20 de junho 2020.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

PONDÉ, Luiz Felipe. *A era do ressentimento*. Rio de Janeiro: GloboLivros, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios?imprimir=1. Acesso em 20 de junho de 2020.

PRADO, Mendonça; OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. *Presidencialismo de Coalizão: da velha república a atualidade brasileira*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2018.

OBSERVATÓRIO NACIONAL SESI/SENAI. *BOLETIM DE PROSPECTIVA E MERCADO DE TRABALHO*. n. 9, 21 de maio de 2020.

OBSERVATÓRIO NACIONAL SESI/SENAI. *BOLETIM DE PROSPECTIVA E MERCADO DE TRABALHO* n. 10, 02 JUNHO DE de 2020.

OCDE. *Uma gran incertidumbre domina las perspectivas mundiales*. Disponível em: <http://www.oecd.org/perspectivas-economicas/junio-2020/#Key-impacts>. Acesso em: 11 jun. 2020.

OCDE. *Después del confinamiento, caminando sobre la cuerda floja hacia la recuperación*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134047-

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

u0mqsvifd5&title=Editorial-Despues-del-confinamiento-caminando-sobre-la-cuerda-floja-hacia-la-recuperacion. Acesso em: 11 jun.2020.

OPAS/BRASIL. Organização Pan-americana de Saúde. Relatório Mensal COVID 19. Disponível em <http://www.opasbrasilrelatoriomensal2>. Acesso em 15 junho 2020.

ORTEGA Y GASSET. Discursos. In. Discursos Históricos. São Paulo: Editora Leitura, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. O risco do coronavírus. Disponível em: <http://wwwonu12rstkopzdrjille.com>. Acesso em: 12 junho de 2020.

OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. Advento da ditadura militar no Brasil. Brasília: Senado Federal: 2017.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2018.

REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da história. São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. Imperativos da Revolução de Março. São Paulo: Martins, 1965.

RODRIGUES, Douglas Alencar. Direitos Fundamentais Sociais e Efetividade: as ações civis públicas na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In. Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy Editora, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos: A Cruel pedagogia do vírus. Lisboa: Almedina, 2020.

SAMPAIO, Marcos. O conteúdo essencial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SIMÕES, Carlos. Teoria & Crítica dos Direitos Sociais: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo Cortez, 2013.

SNYDER, Timothy. Na contramão da Liberdade: A guinada autoritária nas democracias contemporâneas. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

SNYDER, Timothy. Sobre a tirania: vinte lições do século XX para o presente. São Paulo: Cia das Letras, 2017.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

SOUZA, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2019.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Sociais em Debate. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2013.

TORRES, João Camilo de Oliveira. O Presidencialismo no Brasil. Brasília: Edição Câmara, 2018.

VALENCIO, Norma; VALENCIO, Arthur. CRISES CONECTADAS: antecedentes e desdobramentos sociais de uma crise sanitária no Brasil. Disponível em: https://www.academia.edu/43267106/COVID-19_crisis_entremeadas_no_contexto_de_pandemia_antecedentes_cen%C3%A1rios_e_recomenda%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 20 jun. 2020.

VARELLA, Marcelo D.; MONEBHURRUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

VENTURA, Deisy. Pandemia ou refundação das Organizações Internacionais? Disponível em: <http://www.iri.puc-rio.br/mapi/pandemia-ou-refundacao-das-organizacoes-internacionais/>. Acesso em: 20 jun. 2020.